PRZEGLĄD SĄDOWY

PISMO

POPULARNO-NAUKOWE

POŚWIĘCONE

TEORYI I PRAKTYCE PRAWA.

MIESIĄC STYCZEŃ.

TOM VI. — ZESZYT II.

W WARSZAWIE,

W DRUKARNI JÓZEFA UNGRA,

przy ulicy Nowolipki, Nr. 2406, (nowy 3).

1870.

Warunki prenumeraty.

Prenumerata na pismo miesięczne **Przegląd Sądowy** wynosi:

w Warszawie: rocznie rsr. 8.
półrocznie „ 4.
kwartalnie „ 2.

na prowincyi i w *Cesarstwie*: z przesyłką:
rocznie rsr. 9.
półrocznie rsr. 4 kop. 50.
kwartalnie rsr. 2 „ 25.

Przedpłata składaną być może w Warszawie przy ulicy Nowolipki pod Nr. 2406, w Kantorze Drukarni *J. Ungra* i Redakcyi **Przeglądu** tamże mieszczącéj się.

Przyjmują również prenumeratę wszystkie znaczniejsze księgarnie w Warszawie, w Lublinie, Kaliszu, Płocku, w Kielcach, w Krakowie, we Lwowie, w Poznaniu, Petersburgu i w Wilnie.

O ZOBOWIĄZANIACH NATURALNYCH,

PODŁUG

PRAWA RZYMSKIEGO I FRANCUZKIEGO.

(Dokończenic) (1).

Czynności marnotrawców.

59. Uznany marnotrawcą w prawie francuzkiem, ścieśniony nie jest w używaniu wszystkich praw, jak to rozporządza prawo rzymskie; ale je tylko w części traci, jak to oznacza art. 513 K. C. Może być wzbronione marnotrawnym stawać w Sądach, układy pojednawcze zawierać, podnosić kapitały ruchome, i z takowych kwitować, zbywać i hipotecznie obciążać swe majątki, bez assystencyi doradcy, jaki dla nich przez Trybunał mianowany zostanie. Marnotrawca pomimo unieważnienia czynności, w artykule pomienionym, wyszczególnionych; tém więcéj pozostaje jeszcze obowiązanym naturalnie: kiedy takiemi obowiązkami wiązany jest nieletni w większym zakresie od marnotrawcy w prawach ograniczony, w czynnościach, przez niego, bez dopełnienia przepisanych form dokonanych. Czy czynności marnotrawcy wzbronione, bez assystencyi rady mu dodanéj na-

---

(1) Zobacz Przegląd Sądowy, Tom VI, str. 82.

stąpione, sądownie unieważnione zostaną, jako żadne lub rozwiązaniu ulegające, to nie wywiera wpływu, aby nie był nadal z czynności tych naturalnie zobowiązany. Ocenienie to nie stoi w sprzeczności z twierdzeniem poprzednio objawionem; iż własność jest jedną i nie może być naturalną; a jednakże na przypadek zbycia własności bez udziału rady sądowéj, możnaby mniemać, że po unieważnieniu téj alienacyi, taż własność przy nabywcy mogłaby się ostać jako naturalna; gdyż w istocie w skutek wyrzeczenia sądowego własność powraca w zupełności do osoby marnotrawcy, a przy nabywcy pozostaje tylko wierzytelność naturalna.

Zobowiązania kobiety zamężnéj bez upoważnienia.

60. Jeśli czynności cywilne nieletniego, po nastąpionem ich unieważnieniu, są zobowiązaniem naturalnem: takiemi ostać się winny tém więcéj działania nieupoważnione kobiety zamężnéj, jako z prawa zdolnéj i więcéj doświadczenia mającéj: dlatego obowiązek ich ten i na razie odnośnie do art. 2012 K. C. zaręczeniem zabezpieczany być może. Prawo francuzkie, nie uznało potrzeby ograniczać zdolności prawnéj kobiety przez zakaz brania przez nią udziału w czynnościach obcych, jak to postąpiło prawo rzymskie przez S. C. Vellejanum.

Prawnicy zgodnemi nie są pod względem rozciągłości zarządu kobiety zamężnéj jéj majątkiem po jego sądowem rozdzieleniu (art. 1449), takowy poczytać należy za rozciąglejszy, od tego który jéj służy z umowy małżeńskiéj, zastrzegającéj rozdział majątków między małżonkami, albo przy rzędzie posagowym, nad majątkiem własnym: a w obudwóch przypadkach zarząd ten jest obszerniejszy od tego, którego używa nieletni usamowolniony. Z tego wypływa że kobieta czy wykonywająca zarząd nad własnym majątkiem z mocy umowy przedślubnéj; czyli w skutek wyrzeczenia sądowego,

stanowiącego rozdział majątku między małżonkami, będąc w prawie zaspakajania długów cywilnych przedmiotami ruchomemi swego majątku, mocną jest zaspakajać i długi naturalne, która także są niemi. Insza jest rzecz co do zaspokojenia obowiązku moralnego, które raczéj jest darowizną, nie zaś wykonaniem zobowiązania. Wykonanie zobowiązania naturalnego, tém więcéj może być w potrzebie, że zaniechanie go, może narazić ręczyciela, na skierowanie przeciw niemu działania.

Darowizny między małżonkami.

60. Co do darowizn między małżonkami prawo francuzkie zachowało w tym względzie, rozporządzenia ostatnie prawa rzymskiego (art. 1096 K. C.), z mocy których darowizny podobne zawsze są odwołalne. Stosunki prawne przedmiotu tego dotyczące, należą zawsze do zakresu cywilnego, i odnosząc się do porządku publicznego, nie mogą pociągać za sobą żadnych zobowiązań naturalnych. Zauważyć tu jednak należy; że jak to już stanowi prawo rzymskie (L. 7, §, D. de donat. inter verum et uxor.), odwołanie darowizny, dotyczy tylko przedmiotu pozostającego przy obdarowanym, żądanie zwrotu tego, co jest zużyte lub stracone, nie może mieć już miejsca.

Zobowiązanie ojca z synem.

62. Władza ojcowska w prawodawstwie francuzkim, nie jest ani tak rozciągłą, ani tak trwałą, jak była nią w prawie rzymskiem; mając tylko pozostawioną cechę opieki; syn ma tu pozostawioną oddzielną indywidualność i oddzielny interes. Czynności przeto zaszłe między nim a ojcem, są cywilnemi i w myśl art. 1304 K. C. skarżone być mogą; bo wedle osnowy prawa tego w ogólności pomieszczeni

są nieletni; i tu przeto, po unieważnieniu takiego zobowiązania, trwać ono nie przestaje, jako zobowiązanie naturalne. Zobowiązanie jednak ojca na rzecz syna, jako w pełni używającego praw i nie będącego w potrzebie pomocy, jest zupełne, niepodlegające skardze z art. 1304 K. C.

Ograniczenie wykonalności zasądzenia (beneficium competentiae).

63. Ograniczenie wykonania wyrzeczenia sądowego możnością dłużnika (beneficium competentiae), w prawodawstwie francuzkiem, nie jest téj rozciągłości, jakiéj dopuszczało prawo rzymskie. Starano się zastosować go do osób tych, względem których poszukujący pozostaje w obowiązku dostarczenia alimentów, celem zapobieżenia odwrotnéj skargi o dostarczenie tychże alimentów; lecz powód ten nie jest usprawiedliwiony; oszczędzony bowiem dłużnik przez wyprzedaż mógłby zmniejszyć mienie, a jednakże żądanie przyznania mu alimentów, nie mogłoby mu być odnowione.

Jednak są przypadki, w których wykonanie zasądzenia, ograniczyć należy możnością dłużnika; in id quod facere potest; takim jest upadły, uznany za usprawiedliwionego, które mu zostawić należy narzędzia jego pracy, i tę odnoszoną korzyść, która jest konieczną do utrzymania jego życia. Podobnie oszczędzony być winien zyskujący dobrodziejstwo ustąpienia dóbr. Osoby stawione w tém położeniu, mają podobieństwo, jakby na nowo żyć zaczęły: wierzyciele, jakby naturę spadku, wyczerpują całe ich mienie, pozostawione być przeto winny przy środkach, byt ich dalszy upewniających. Gdyby jednak też osoby przyszły do rzeczywistego majątku, z takowego ulegają odpowiedzialności; przyznane bowiem oszczędzenie, nie jest zmniejszeniem należności, ale dozwoleniem zwłoki; obowiązek nie zamienił się tu na naturalny.

Jaki wpływ wywiera forma prawna na jakość zobowiązania.

64. Skuteczność zobowiązania w prawie francuzkiem zależy na samem zezwoleniu; jeśli zaś w oznaczonych przypadkach, nakazane jest użycie pisma, lub spełnienie przepisanych form; to te dotyczą ważniejszych czynności, postanowione są dla zapobieżenia złéj wierze i ukrócenia pieniactwa, wspierać się mogącego na niepewnem świadectwie osób. Niezachowanie jednak nakazanéj formy, nie wyłącza istnienia zaciągniętego obowiązku, który bądź przyznaniem lub przysięgą, albo też nawet świadectwem obok początku dowodu na piśmie, wykazywany być może. Formy przeto czynności nie należą do istoty zobowiązań, ale są pomocą w ich wykazaniu. Dlatego, uchybienie formom artt. 1325, 1326 K. C., nie zmienia zobowiązania cywilnego na naturalne. Jeśli umowa dwustronna, spisaną nie była w dwóch exemplarzach, lub te nie zawierały w sobie o tém wzmianki, lub zobowiązanie nie było wypełnione pismem zobowięzujących się, lub w niem nie zaznaczono „dobry na mnie“ istota zobowiązania w niczém przez to, zmienioną nie zostanie; tak że przyznający, napróżno powoływałby się na nieważność swego zobowiązania przywodzeniem opuszczenia tych formalności.

Są jednak czynności prawne, w których nakazane użycie oznaczonéj formy, połączone z warunkiem ich bytu: takiemi są umowa małżeńska, hipoteka, darowizna. Rozpoznania i rozróżnienia téj ważności, poszukiwać należy w wyrozumieniu zamiaru i celu, jakie mógł mieć prawodawca. Uchybienie składowym tym formom, nie przemienia zobowiązania na naturalne.

Darowizna.

65. Kodex liczne przepisał formy konieczne dla waż-

ności darowizny: uchybienie im pociąga za sobą jéj nieważność; tak, że nie może się ostać nawet jako zobowiązanie naturalne. Prawo rzymskie, lubo mniéj ograniczające, niemniej jednak, co do ważniejszych zobowiązań, przepisało potrzebę insynuacyi. Mimo tego Tollier (tom VI, nr. 380), darowiznę chybioną co do formy, uważa za zobowiązanie naturalne. Znaczenia tego mieć nie może, z powodu iż wedle art. 1340 K. C., wykonanie darowizny chybionéj co do formy przez spadkobierców, skarżonem już być nie może. Położenie bowiem dar czyniącego a jego spadkobierców jest różne, i do niejednakowych względów się odnosi. Uroczystość form darowizny ma na celu hamować skłonność do darowizn „jest środkiem zabezpieczenia się przeciw sobie samemu; obok tego dar czyniący może czuć przykrość w odwoływaniu objawionéj raz już swéj woli, lub żądania zwrotu wydanego przedmiotu; pomimo służącego mu do tego prawa dla niedostateczności użytéj formy przy zeznanéj darowiznie. Spadkobiercy dar czyniącego, w tém przymusowem położeniu się nie znajdując, samą pobudką moralną lub przyzwoitością wiedzeni, wykonywając rozporządzenie swego spadkodawcy, odwoływać go więcéj nie są w prawie. Niemożność zwrotu nie opiera się tu na zobowiązaniu naturalnem, którego nieformalna darowizna nie stanowi; ale na obowiązku moralnym, będącym przeszkodą cofania jego wykonania. Dlatego niemożność żądania powrotu wykonanéj nieważnéj darowizny, odnosi się do spadkobierców darowiznę czyniącego, lecz nie do niego samego, mającego zawsze prawo niezupełną swą czynność, zaskarżać i unieważniać. Toż prawo służy i spadkobiercom, chociażby darowizna już była poprzednio wykonana przez ich spadkodawcę. W tym przykładzie powtarza się wyróżnienie zobowiązań naturalnych od obowiązku moralnego. Jakoż wierzyciele spadkobierców, wykonanie z ich strony nieważnéj darowizny mogą zaskarżać, jeśli to postąpienie, zmniejsza pewność ich wierzytelności, umniejszając majątek ich dłużnika.

Formy uroczyste jakie prawo naznacza pewnym aktom, rozróżnić należy, od ich ważności w miarę wykazywanéj zdolności prawnéj osób mających u nich udział; warunki tu konieczne nie należą do form, które przy akcie zachowane być winny, i dla tego czyniący darowiznę nie może domagać się jéj unieważnienia, z powodu że ją sam nieletni bez prawnego upoważnienia przyjął.

Przy wyjaśnieniu, czyli i jakiego rodzaju ciążyć będzie jeszcze obowiązek nieletniego, jeśli z powodu niedostatecznego przez siebie samego przyjęcia darowizny, takową udaremni; przedewszystkiem zdawać się może, że wzajem włożony na nieletniego obowiązek mieć nie powinien, znaczenia nawet naturalnego. Albowiem świadczący darowiznę, czynem swym objawia szczodrobliwość, a nie poszukuje korzyści, zastrzeżony przeto wzajemny obowiązek obchodzić go nie powinien. Obok tego, gdy podług art. 935 K. C. wstępni obdarowanego, nie pełniąc nawet nad obdarowanym nieletnim, obowiązków opieki, ważnie za niego darowiznę akceptować mogą; interes nieletniego byłby zagrożony, w przypadku włożenia na niego zbyt uciążliwego warunku, jaki rozwadze rady famijnéj przedstawiany nie był. Jednakże pomimo tych zarzutów, raczéj przeciwne zdanie przyjąć należy, a mianowicie: że warunek obowiązujący nieletniego z darowizny unieważnionéj z powodu wadliwéj akceptacyi, ciąży go nadal jako zobowiązanie naturalne: albowiem nie zawsze zamiar wyłączny szczodrobliwości powoduje dar czyniącego, gdyż może on przytém mieć i obce widoki; czynność wówczas byłaby mieszana, jak ją nazywają prawnicy rzymscy, negotium mixtum (L. 18, D. de donationibus). Wreszcie przyjęcie darowizny przez wstępnego, obejmującéj warunki uciążliwe, bez jéj ocenienia przez radę familijną byłoby niedostateczne. Taki pogląd wspiera wreszcie wyrzeczenie prawa rzymskiego „Legem quam rebus tuis donando dixisti, sive stipulatione tibi prospexisti, ex stipulatu: sive non, incerto judicio, id est, praescriptis verbis, apud praesidem provinciae debes agere, ut hanc im-

pleri provideat (L. 9, Cod. de donatio). Przy ocenianiu jednak tegoż samego, pytania, do innego przyszlibyśmy wniosku, gdyby do rozstrzygnienia takowego, stosowana była zasada: że każdemu wolno zrzec się dobrodziejstwa, aby uniknąć przez to włożonego ciężaru.

Nieulega wątpliwości, że przepisy art. 931, 932 K. C. nie stosują się do darowizn tak zwanych rękodajnych; przyrzeczenie ich, nie stanowi zobowiązania naturalnego, gdyż ważność darowizn tych, usprawiedliwioną jest tylko rzeczywistem posiadaniem wydanego przedmiotu na zasadzie art. 2279 K. C.

Testament.

66. Możność sporządzania testamentu prawnicy rzymscy wywodzili z prawa narodów; prawodawca francuzki z tejże wychodzi zasady dozwalając i w obcych krajach sporządzać ważne własnoręczne testamenta (art. 999 K. C.) Od r. 1819 prawo to służy i cudzoziemcowi, rozporządzania własnością będącą we Francyi na rzecz nawet cudzoziemca. Rozporządzenia jednak z nieważnego testamentu, nie przybierają własności zobowiązań naturalnych, jak to wykazaném zostało, przy rozbiorze prawa rzymskiego. Jak co do darowizn, tak i tu ma skuteczność wykonanie testamentu nieważnego przez spadkobierców z mocy art. 1340 K. C.; a niemożność unieważnienia takiego wykonania, nie opiera się na domniemaniu, iżby rozporządzenia testamentowe, jakkolwiek nieformalne stanowiły zobowiązanie naturalne, ale na obowiązku moralnym lub na przyzwoitości, z powodu których czynność wykonana ostaje się niecofniętą. Nieusprawiedliwione jest zdanie twierdzących (Zachariae T. V. str. 76) że spadkobiercy są w prawie odwołania wykonania rozporządzeń z nieważnego testamentu, z powodu błędu co do prawa, z obowiązkiem tylko udowodnienia takowego; gdyż świadomosc prawa, łatwo skądinąd zasięgnąć są w możności.

Zobowiązania z gry i zakładu.

67. Prawo francuzkie w rozporządzeniach swych dawniejszych, tak jak i rzymskie, nie dopuszcza żadnych wynagrodzeń z powodu gry. Art. 138 Ordon. z miesiąca Stycznia 1629 r. uznaje wszelkie długi z gry, i zobowiązań dla gry zaciągniętych, chociażby pod zmyśloną formą ukrytych, za nieważne i pozbawione zasady tak cywilnej, jak i naturalnéj. Chociaż należność tego rodzaju wypłacona, nie ulega powrotowi, nie pochodzi to ztąd, iżby gra mogła być podstawą zobowiązania naturalnego, nie mogącego istnieć z obrazą porządku społeczeńskiego: gdyż, jak to Portalis wyraził się, umowy są środkiem zbliżenia między ludźmi, kiedy gra ich rozdziela (Portalis Exposé des motifs). Przeszkoda w żądaniu zwrotu przegranéj, czerpać się przeto tylko może w téj wysnutéj z rozumu i sprawiédliwości zasadzie: „in pari causa, melior causa possidentis."

Zaprzeczano jednak, aby zasada ta miała zastosowanie w prawie francuzkim (Marcadé T. V. str. 457); a to z powodów: że nikt nie może osiągać korzyści ze szkodą drugich, że w myśl art. 1376 K. C. przyjmujący nienależącą mu wypłatę, obowiązany jest do jéj zwrotu, i że wreszcie zobowiązanie dla przyczyny niegodziwéj, nie może odnieść żadnego skutku.

Gdyby zasada przywodzona, nie mogła posługiwać wyłącznie na usprawiedliwienie niemożności żądania zwrotu przegranéj, nieodwołalności téj mogłoby być tylko przyczyną zobowiązanie naturalne. Lecz czy istnienia jego dopuszczać wypada, kiedy zaręczenie za takowe jest niedopuszczalne, a tém samém braknąćby musiał jeden z najgłówniejszych warunków jego bytu? Upatrujący w zaspokojeniu przegranéj w grze, zaspokojenie obowiązku naturalnego, nie pojmują rzeczywistego jego znaczenia art. 1376 K. C. nie jest odwołaniem przywodzonéj zasady. Osnowa jego ma to tylko znaczenie, że płacący w błędzie to co się od niego nie należy ma prawo do zwrotu; nie dotyczy zaś tego wypadku, gdy płacący jest

w przeświadczeniu, iż to co uiszcza od niego się nie należy. Płacący w tém przewidzeniu jakie art. 1376 K. C. ma na względzie popełnia błąd; ale nie czynność naganną; domagający się zwrotu należności z gry, z obrazą przyzwoitości byłby w konieczności, krzywdzący go postępek objawiać, tém pewniéj że jako powód, ze sporem bez dowodu przychodzićby nie mógł.

Co się tyczy zarzutu opartego na znaczeniu art. 1131 K. C. zauważyć należy, że on ma tylko na względzie wykonanie, w chwili kiedy do takowego nie przychodzi; powód przychodzący z żądaniem wykonania zobowiązania, jakiego przyczyną jest przestępstwo, byłby w konieczności głośnem je czynić przed sądem, podobnie ten który wykonał zobowiązanie, mające za źródło czynność naganną, ze zgorszeniem, z ujmą czci własnej, dla osiągnienia własnéj korzyści, wyjawićby musiał własne winy.

Jeżeli umowa wadliwa zostanie wykonaną, to osiągający przez to korzyści, nie dla tego utrzymany przy niéj zostaje, że go w tém wspiera zobowiązanie nieważne, lecz to, że już przyszedł do posiadania, broniony przeto jest, nie umową wadliwą ale samém prawem. Objaśniane skutki art. 1131 K. C. podawane są w tém rozumieniu najrozciąglejszém, jakie mu niekiedy nadają, że jest uchylającém całkowicie zobowiązanie (nul.); skutki przeto te łatwiéj dopuszczane być mogą; jeżeli znaczenie art. 1131 K. C. ograniczone zostanie do możności tylko żądania, unieważnienia zobowiązania (annulable.)

Prawo rzymskie dopuszczało żądania zwrotu przegranéj; stanowiąc domniemanie, iż ciągnący z gry korzyść, dosięga ją zawsze podstępem; prawo francuzkie nie żywi podobnego podejrzenia; lecz jeśli rzeczywiście, podstępu takiego użyto, przegrywający mocen jest własność swą odzyskać.

Czy grający czyni poszukiwania na towarzyszu gry, czy przeciw osobie trzeciéj, mającéj powierzony zakład gry, to

nie stanowi żadnéj różnicy; zawsze bowiem gra będzie tu jawną.

Możność dochodzenia w tém położeniu nie może być usprawiedliwiona na twierdzeniem, iż idzie tu o odzyskanie własności (Troplong. Des contrats aléatoires Nr. 202). Mający bowiem zakład gry, posiada go z mocy pełnomocnictwa, które zawsze odwołane być może; dopuszczanie, iż w tym przypadku, własność zakładu gry została ustąpioną, byłoby tłomaczeniem ją wspierającym: a w każdym przypadku byłoby to niebezpieczeństwem wielce zagrażającém, gdyby dostępną miała być sposobność środkami ubocznemi, niweczyć przepisy zakazujące prawa (Zachariae. Tom III. str. 80). Zresztą zobowiązanie mieszczące przyczynę niegodziwą, nie może posługiwać do przeniesienia własności (1131 K. C.)

Osoba trzecia mająca na składzie przedmiot gry, wydając go, nie naraża się na żadne niebezpieczeństwo, będąc do tego upoważnioną i nieodnosząc z tego żadnéj korzyści; lecz także skutecznie może się oprzéć wydaniu wygranéj: bo dopomnienie sądowe wygrywającego, stawiałoby go także w potrzebie objawiać czynność swą nieprawą. Zasady te doprowadzają nawet do tego, że stawiony na stole gry, jéj przedmiot, po jego przegraniu cofnięty być może. Przegrywający i niedopełniający przyrzeczenia, stać może niekorzystnie w opinii, i budzi przeciw sobie wstręt. Lecz tu nie o to idzie, ale o legalność tych stosunków. Prawo zabrania zrzekania się na przyszłość i warunkowo własności, co tak jest niewątpliwém, iż sama władza dozwala jéj agentom zabierania przedmiotu gry i konfiskowania takowego.

Ponieważ przegrywający może odmówić wypłaty przegranéj, nie ważne będą wystawione na taką należność wexle lub inne tytuły, bo mieścić one będą przyczynę wadliwą. Gdy należność taka nie stanowi zobowiązania naturalnego, to przez odnowienie nie może być zamienione na inne ważne zobowiązanie, jak *np.* przez delegacyą wypłaty do dłużnika przegrywającego. Pożyczki na grę wcześniéj lub późniéj

użyczone ze świadomością, stanowiąc udział w czynności prawem wzbronionéj, a zarazem podniecające namiętności, a częstokroć nawet wiodące do zupełnego zniszczenia, są równie nie ważne.

Gra wprawdzie o kwoty małe, służąca za środek rozerwania się, nie mieści w sobie nic nagannego; lecz prawodawca nie taką miał na względzie, gdy jednak z drugiéj strony ważność gry jest względną w miarę stanu mienia grających, przeto był w konieczności ograniczyć się na ogólnym zakazie dotykającym gry i małéj wartości; z drugiéj strony używający środków prawnych dla odzyskania należytości wygranych, własnem postępowaniem wykazuje, że nie zabawa była jego celem.

Prawodawca nie każdéj grze jest przeciwny; w szczególności takiéj, która służy do rozwinięcia sił ciała lub umysłu, byle wygrana nie była znaczną. Żądanie przyznania z powodu tego wysokiéj kwoty, winno być odrzucone, toż samo bowiem wykazywałoby, iż sam tylko zysk był gry celem (1966 K. C.) Grę różróżnić należy od zakładu; pierwsza ma na celu jedynie korzyść, kiedy zakład jest ubieganiem się o przyjemność. Z wykazania prawdy objawionego zdania, przez innych zaprzeczanego, korzyść materyalna jest tu okolicznością podrzędną, kiedy w grze jest ona główną; dla tego, kiedy w ostatniéj wysokość wygranéj dla obudwóch stron jest równa, w zakładzie może być niejednakową; i stawioną przez twierdzącego wyżéj nad oznaczoną ze strony przeciwnika. Gra nie przynosi żadnéj korzyści społeczeństwu; a niekiedy jest mu nader szkodliwą; zakład przeciwnie może niekiedy, być zachętą do przedsięwzięć, i dla tego prawodawca rzymski w sprzeczności w tém z prawem francuzkiem zakładu nie wzbronił: pomimo przecież porównania w prawie dzisiejszém obudwóch tych zobowiązań losowych, przyznać należy iż rzeczywista między niemi zachodzi różnica (L. 17, §. 5. D. de praescrip. verb. L. 3, D. aleator).

Podług wyjaśnień wyżéj przywiedzionych, gra giełdowa, właściwie nie jest zakładem, ale grą losową (à la hausse

ou a la baisse) dotyczącą papierów publicznych, dotkniętą sankcyą karną z mocy art. 421 K. K. F. Będzie uznaną zakładem tego rodzaju, każda umowa dotycząca sprzedaży, lub dostarczenia papierów publicznych, których posiadania sprzedający nieusprawiedliwi w chwili umowy, albo że je mieć winien w chwili wydania (art. 422 K. K. F.) Dla tego grą giełdową będą: *a)* Umowy zmyślone, kiedy rzeczywiście strony, miały tylko na widoku różnicę kursu w chwili umowy, a terminem wypłaty. *b)* Umowy na termin, gdy sprzedawca ani posiadał wartości przyrzeczonych w chwili umowy, ani możności ich nabycia. Nie są zaś tą grą zakazaną, *a)* Sprzedaże gdy są tylko na termin. *b)* Gdy sprzedający miał możność nabycia. *c)* Odprzedaże na termin, wartości rzeczywiście spłaconych gdy ich nabywca nawzajem zostawał w obowiązku dostarczenia ich trzeciéj osobie (reports). Czynność jednak kapitalisty odprzedającego, może być naganną i pokrywać lichwę ułatwianą przykrém położeniem odkupującego, na którym ciąży obowiązek zaspokojenia trzeciego. Gra giełdowa dotknięta sankcyą karną nie może stanowić ani obowiązku cywilnego, ani naturalnego, ani nawet moralnego, jeżeli zaś uiszczona wypłata powrotowi nie ulega, to tylko z zasady: in paricausa etc. upominający bowiem, musiałby wyznawać własną także winę. Niema tu sprzeczności w tém, że winny uległszy skazaniu na drodze karnéj, wolnym jest od wynagrodzenia cywilnego; karą tą bowiem zaspokojony został zachwiany porządek publiczny, tu zaś sam interes prywatny nacechowany czynnością wstrętną, szuka zaspokojenia. Umowy zabezpieczające i na przeżycie, są równie losowe; bo zależą od warunku niepewnego w przyszłości spełnić się mającego; nie mają jednak podobieństwa z grą lub zakładem. Lękający się, by swym skonem, nie zostawił osób od niego zależnych bez środków utrzymania się, zabezpiecza swe życie za oznaczoną opłatą, przy włożeniu obowiązku na assekurującego wypłacenia pozostałéj przy życiu osobie oznaczonego kapitału lub zapewnienia dożywotniéj płacy. Umowa na

przeżycie jest równie korzystna w społeczeństwie, bo niedostatniemu daje sposobność dogodniéj zaopatrywać potrzeby. Gdy jednakże opłata dożywotnia jest losowa; pewność wypadku umową przewidywanego, odejmowałaby, jéj właściwość; dlatego zabezpieczenie życia osoby już nieżyjącéj, choćby o tém strony nie wiedziały, albo śmierć téjże wkrótce nastąpiona, czynią umowę bezskuteczną, (1974, 1975 K. C.).

Nadprawne procenta.

68. Gdy zobowiązania naturalne związkowe są z porządkiem społeczeńskim, nadprawne procenta, od czasu wydania prawa z dnia 3 Września 1807 roku, stanowiącego prawną ich stopę, jako lichwa nie mogą być zasadą zobowiązania naturalnego, i dlatego zapłacone ulegają zwrotowi. Jeżeli art. 1906 K. C. zwalnia od zwrotu opłaconych procentów, to takiemi mogą być tylko prawne.

Czy wyświadczona pożyczka przynosi korzyści wypożyczającemu; a tém samém, czy jest zasadą zobowiązania naturalnego, dla którego, wypłacone procenta są nieodwołalne; pytanie to różną pociąga odpowiedź, jakby ona mogła mieć miejsce pod wpływem prawa rzymskiego: kiedy rozwinięty obecnie przemysł i zmieniony system finansowy wywołując potrzebę kapitałów, zapewnia im stałą korzyść. W sprzeczności z tém w myśl prawa rzymskiego, dłużnik obowiązany był do płacenia procentów wierzycielowi, nie za pozbawienie go korzyści z kapitału, lecz jako karę za dopuszczenie się zwłoki. Usurae enim non propter lucrum petentium, sed propter moram solventium infliguntur. (L. 17, § 3, D. de usuris). Dlatego w przypadkach wątpliwych, ze stanowiska prawa domniemywać należy istnienia procentów; nie zastrzeżenie ich bowiem, byłoby darowizną: kiedy w myśl prawa rzymskiego, takową one nie są, nie zmniejszając mienia wierzyciela. Uwagi te nie są w sprzeczności z osnową art. 1907

K. C. wymagającego oznaczenia pismem wysokości umówionego procentu; albowiem, prawem z dnia 3 Września r. 1807, wypełniającem niedostatek kodexu, wysokość tego procentu ustaloną została.

Wzbronienie prawem lichwy byłoby bezskuteczne, gdyby wierzycielowi wolno było, dla obejścia go, użyć ubocznych środków, dlatego czyniona mu darowizna przed wypłatą kapitału lub następnie, dopóki dłużnik zostawał pod wpływem wierzyciela, w skutek użytych środków naglących do uiszczenia z należności, jest nieważną, i nie pociąga ani zobowiązania naturalnego ani obowiązku moralnego.

Zastrzeżenie kary przy przyrzeczeniu małżeństwa.

69. Zastrzeżenie kary w przyrzeczeniu małżeństwa jest nieważne podług prawa francuzkiego, tak jak to rozporządza równie prawo rzymskie, tamując ono bowiem wolność wyboru, szkodzi celowi małżeństwa; a fakt przeciwny porządkowi społeczeństwa, uzasadniać nie może zobowiązania naturalnego. Myśl prawa francuzkiego, w tym względzie jeszcze jest wyraźniejszą, że nie czyni wzmianki o zaręczynach, których uporządkowaniem zajmuje się prawo rzymskie. Małżeństwo nie jest przedmiotem ani dotykać może interesu materyalnego; a jednakże, gdy strony z mocy art. 1152 K. C. w oznaczeniu wynagrodzenia strat niczem nie są ograniczone, wysokość ich mogłaby pokonać wstręt w zawarciu małżeństwa, utratą majątku. Zagrożenie karą za niedotrzymanie przyrzeczonego małżeństwa, sprzeciwia się nawet obowiązkowi moralnemu; a jeżeli wykonanie jéj jest bezpowrotne, to następuje tylko w skutek zasady: in pari causa, obiedwie bowiem strony umawiające się; dzielą wspólną winę. Pojęciu temu stawiany jest zarzut; że osoba, z którą odrzucone jest małżeństwo, ulegając podejrzeniu, choćby przeszkoda tajemnicą pokrytą była, rzeczywistą ponosi krzywdę w tru-

dności zawarcia innego związku; lecz obraza ta jest interesu prywatnego, i nie może ubliżać porządkowi publicznemu.

Przyrzeczenia z powodu zwolnienia się od obowiązków urzędowych.

70. Tylko władza ma w udziale powierzać obowiązki urzędowe, nie mogą one być przedmiotem zamian, ani umów prywatnych. Skłanianie przez wynagrodzenia do opuszczania obowiązków urzędowych, może pozbawić władzę osób zdolnych, dać przewagę zamożności, nad niedostatniemi więcéj sposobnemi, lecz niemogącemi lub niechcącemi używać takichże środków. Umowy tak przeciwne porządkowi, stanowić nie mogą nietylko zobowiązania naturalnego, ale i obowiązku moralnego; przeciw temu nie można zarzucać że wybór następcy zwalniającego się od obowiązków urzędowych nie od niego zależy, a tenże pozbawiając się korzyści ma prawo do wynagrodzenia; zawsze bowiem wchodząc w podobny układ, czyni to z przeświadczeniem, że dopuszcza się czynności wzbronionéj prawem i szkodliwéj porządkowi publicznemu. Zwrot jednak wypłaconego wynagrodzenia niema miejsca; nie z powodu wykonanego zobowiązania naturalnego lub obowiązku moralnego; ale z zasady, ex pari causa; tak bowiem skłaniający do opróżnienia miejsca urzędowego na swą korzyść, jak i zapewniający ją sobie wzajemnie stają się winnemi obrazy, porządku publicznego.

Sposoby kończenia się zobowiązań naturalnych. Zapłata, odnowienie zobowiązania, kompensacye.

71. Gdy zobowiązania naturalne, wynikają ze sprawiedliwości, sposób ich wykonania, musi mieć podobieństwo, z każdem innem prawodawstwem; z tego powodu i prawo francuzkie zgadza się w tym względzie z prawem rzymskiem.

Przechodząc czynności prawne kończące zobowiązania naturalne, uważane one będą w ścieśnionem ich znaczeniu, o ile na ten cel posługują.

Zapłata jest głównym celem każdego zobowiązania, czy jest ono naturalnem lub cywilnem. Przy zbiegu zobowiązań cywilnych i naturalnych; gdy nie są w zupełności zaspokojone, poczytanie które z nich są zaspokojone, ulega prawidłom wspólnym prawu rzymskiemu i francuzkiemu. Nikt czynić przeciw temu nie może, gdy dłużnik zarachowywa wypłatę na dług naturalny. W braku oświadczenia dłużnika, wybór ten przynależy wierzycielowi; lecz już z ograniczeniem, nie może on bowiem zaliczać wypłaty na dług naturalny przed należnością cywilną; dłużnik na taki przypadek wypłatę podobną może zaskarżać (1255 K. C.), choćby przytém użyty nie był podstęp, ale podchwycenie (Toullier nr. 177 i 178). Częściowa wypłata z należności naturalnéj, nie zamienia ją na cywilną i przypadającą resztę ciąży tylko obowiązek naturalny.

Odnowienie zobowiązania naturalnego, przemienia je na cywilne, nie można bowiem domniemywać, iżby kto miał w zamiarze zobowiązywać się niezupełnie.

Warunkiem kończenia zobowiązania naturalnego przez kompensacyą, jest jednośc stosunku prawnego wspólnego, obudwom stronom; kompensacya jest niedopuszczalną, gdy obadwa zobowiązania naturalne, różne mają przyczyny. Wymagalność należności, aby mogła posłużyć do kompensacyi z samego prawa (art. 1291 K. C.), nie ma zastosowania w zobowiązaniu naturalnem.

Pomięszanie.

72. Pomięszanie w prawie francuzkiem ma też właściwość co i w prawie rzymskiem, tojest, że z pozostawieniem istnienia samego zobowiązania, zwalnia tylko dłużnika. Nie

sprzeciwia się temu ustęp trzeci art. 1301 K. C. stanowiący że pomięszanie w osobie jednego z dłużników solidarnych, zwalnia innych dłużników tylko o część jaka przypada na dłużnika wchodzącego w prawa wierzyciela. Prawo francuzkie nie podziela téj surowéj zasady prawa rzymskiego: że w zobowiązaniu rzeczowem, każdy z dłużników obowiązany jest całkowicie. Jednakże Rzymianie od zasady téj czynili wyjątek, gdy między dłużnikami istniała współka, a to z powodu oddzielnéj natury tego stosunku prawnego, gdyż wówczas powodowano się zasadami słuszności i prawnicy rzymscy zgodziliby się na takie rozstrzygnienie, jakie art. 1301 K. C. podaje. Należy jednak zwrócić uwagę, że na podobieństwo prawa rzymskiego, zasady przywodzone o pomięszaniu nie mają zastosowania w tym przypadku, gdy zobowiązanie główne jest naturalne, a zaręczenie cywilne.

Przedawnienie.

73. Powody wykazane w prawie rzymskiem, że przedawnienie umarza zobowiązania naturalne, równe mają znaczenie i w prawie francuzkiem. Przedawnienie jako instytucya odnosząca się do porządku publicznego, nie może być przedmiotem umowy i żadna ze stron, przedwcześnie zrzekać się go nie może (art. 2220 K. C.). Że art. 2262 K. C. wyraża się tylko o przedawnieniu skarg: to nie wypływa ztąd, aby zobowiązania naturalne, skarg pozbawione, przedawnione być nie mogły; prawo powoływane wyrażając się tylko ogólnie, wskazuje przypadki najważniejsze, i których skutki najwięcéj zagrażają; nie wyłączając innych, między któremi mieszczą się zobowiązania naturalne. Tu powtórzyć należy, już czynioną uwagę: że sprzecznością jest, aby stosunki prawne, nie mające pewności i bytu całkowitego, więcéj miały rękojmi trwania, niż stosunki cywilne.

Bez znaczenia jest i ten drugi zarzut: iż podług art. 2257 K. C. przedawnienie niema biegu w zobowiązaniu, ma-

jącem oznaczony termin, przed jego upływem. Z tego nie wynika aby, gdzie nie służy akcya, nie mogłoby mieć miejsca przedawnienie, są to dopuszczenia zupełnie między sobą różne; w zobowiązaniu pod terminem, przed jego upływem przedawnienie nie bieży, lecz w tém położeniu nie znajduje się zobowiązanie naturalne: i to tak jest pewnem że wierzyciel może czynić dochodzenia na ręczycielu za zobowiązanie naturalne, kiedy znowu dochodzenie to z powodu zobowiązania cywilnego przed terminem, musiałoby być zawieszone. Przedawnianie wywiera wpływ z epoką przypadającéj wypłaty; którą dokonywając dłużnik, nie czyni darowizny, lecz wykonywa tylko swój obowiązek.

Przedawnienie umarzając zobowiązanie naturalne pojedyńczo wzięte, umarza jednocześnie i zaręczenie, chociaż cywilne za nie stawione: a temu nie sprzeciwia się przepis art. 2223 K. C. wzbraniający sędziemu stosować przedawnienia z urzędu. Rozporządzenie bowiem to prawa, objaśnia tylko, że jakkolwiek przedawnienie ma na celu korzyść społeczeńską, ta tamować nie może przeświadczenia o własnéj winie. Zaniechanie użycia obrony, ze służącego przedawnienia nie jest wykonaniem zobowiązania naturalnego, ale wypełnieniem obowiązku moralnego. Zachariae (t. V, str. 825), nie sądząc aby przedawnienie mogło niszczyć zobowiązanie naturalne, twierdzi: że przy dopuszczeniu takowego, nie mogłoby ono być ważną przyczyną nowego zobowiązania; jednakże rozumienie to nie jest usprawiedliwione; pomimo bowiem zaszłego przedawnienia, może pozostać poczucie obowiązku moralnego, które jest dostateczną przyczyną ważności zobowiązania. Troplong (De la prescription t. I, nr. 29), jakkolwiek nie zaprzecza: że przedawnienie niweczy zobowiązanie naturalne; jednakże mniema że nie czyniący z niego użytku, nie zwalnia z zobowiązania naturalnego, ale pozostawia wiążące zobowiązanie cywilne. Sądzić jednak należy, że opuszczający obronę z przedawnienia, raczej zwalnia z obowiązku naturalnego, nie zaś poddaje się zobowiązaniu cy-

wilnemu; bez tego dopuszczenia, jak to już wyjaśnionem było, trudne byłoby wytłumaczenie znaczenia art. 2225 Kodexu Cywilnego.

Naostatek czyniona uwaga: że zrzeczenie się użycia przedawnienia, jeśliby uznawane było za zwolnienie z zobowiązania naturalnego, byłoby rodzajem darowizny, wymagającéj dopełnienia form uroczystych przepisanych prawem, jest pozorną, gdyż nie wszystkie rodzaje darowizn dopełnienia tych form wymagają. Jeżeli w prawie rzymskiem zachodziła potrzeba w przedmiocie tym niejakich wyjaśnień; to przeciwnie w prawie francuzkiem nie nastręcza się żaden text, zdanie przeciwne wspierać mogący; dlatego też, w témże prawie niema rozróżnienia, ulegającego krytyce, jakie Justynian co do własności wprowadził, pozbawiając prawa windykacyi, utraconéj własności, która obok złéj wiary posiadania, przez przedawnienie nabytą była.

Odstąpienie długu.

74. Odstąpienie należności na rzecz wierzyciela głównego, chociaż z zobowiązania naturalnego, zwalnia także stawione za nie zaręczenia; lecz przeciwnie zwolnienie zaręczenia nie wywiera takiegoż skutku na zobowiązanie się główne, które pozostaje samo, bez stwierdzających je rękojmi. Tego jednak następstwa przywiązywać nie należy do układu wierzycieli, w postępowaniu przy upadłości; zmniejszając bowiem oni swą należność, mają tylko na celu, od większych strat zabezpieczenie; przyczém obowiązki ręczycieli; żadnéj odmianie nie ulégają.

Rzecz osądzona.

75. Rozstrzygnięcie ostateczne wyrokiem sądowym, przecina wszelką możność istnienia zobowiązania naturalnego. Na

stwierdzenie tego, pomimo przeciwnéj opinii Zachariaego (tom V, str. 801), służą usprawiedliwiające powody, co do prawa rzymskiego podane. Skuteczność rzeczy osądzonéj, tak jest rozciągłą i wyłączającą zobowiązanie naturalne, że wierzyciel ma prawo wykonywania przymusu osobistego wyrokiem wyrzeczonego, chociażby rygor, w tym danym wypadku, nie był prawem dozwolony.

Powaga i rozciągłość rzeczy osądzonéj, wypływa z prawa narodów, nie w tém znaczeniu, iżby rzecz osądzona w każdym kraju miała znaczenie i skutek: lecz że w każdym narodzie silną jest potrzebą, aby zapadające w nim wyroki były nienaruszalne. Jest rzeczą stanowczą ponowić tu rozróżnienie pomiędzy zobowiązaniem naturalnem, które ostać się winno, choćby kryło jaką niesprawiedliwość, a obowiązkiem moralnym, który nie może być jak sprawiedliwością.

Przysięga.

76. Przysięga, jaką strona, mając ją sobie naznaczoną przez stronę przeciwną wykonywa, ma większe znaczenie nad wyrok: obok niéj znika i zobowiązanie naturalne i obowiązek moralny; tak że po przysiędze, wypłata dopełniona w rozumieniu, że się prawnie należy, może być cofniętą.

Ponieważ wykonywający przysięgę, wyzwany był przez stronę przeciwną, aby sam był sędzią swéj sprawy, dlatego wykazanie jéj nawet fałszu, choćby na skutek zaskarżenia urzędu publicznego, jest bez wpływu na wyrzeczone zasądzenie.

Chociaż przysięga przez Sąd nakazana, nie jest skutkiem woli stron do sporu wchodzących, przecież objęta nakazem Sądu, uchyla także zobowiązanie naturalne; środkiem jednak usuwającym zobowiązanie naturalne, jest tu właściwie wyrok, nie przysięga, takowy przeto wyrok może być naganiany i ulegać zmianie.

Pozbawienie osoby wszystkich praw.

77. Pozbawieni wszelkich praw, ulegają skutkom podobnym, jakie śmierć cywilna za sobą pociąga. Utrata ta jest karą, aby skazanego pozbawić środków ulżenia jego położeniu. Celem praw tych jest ich zupełna skuteczność; dlatego pozbawiony wszystkich praw, naturalnie wiązać się nie może.

Odstąpienie dóbr.

78. Odstąpienie dóbr, w prawie rzymskiem i francuzkiem, jest środkiem ulżenia nieszczęśliwemu dłużnikowi przeciw jego wierzycielom; wszystkie zaś inne jego stosunki prawne żadnéj zmianie nie ulegają; zobowiązania przeto tak cywilne jak i naturalne, nie przestają obciążać przyszłego jego majątku.

Upadłość.

79. Dłużnik upadły, do swych wierzycieli w tymże pozostaje stosunku, jak zyskujący dobrodziejstwo ustąpienia dóbr, i dlatego ciąży go obowiązek zaspokojenia tak zobowiązań cywilnych jak i naturalnych. Na przypadek układu, przez który upadły zwolniony zostaje od zaspokojenia oznaczonéj części ciążących go długów, co do ich reszty obowiązany jest naturalnie tak że dla przywrócenia go do czci, obowiązany jest przedewszystkiem i tym zobowiązaniom naturalnym, zadosyć uczynić.

Prawa te służą, nietylko wierzycielom, których zdanie jako większości spowodował układ, ale i tym wierzycielom, którzy w tém udziału nie mieli. Zaręczenia które stawione były za upadłym, ostają się w swéj mocy; téjże skuteczności są i zaręczenia późniejsze, jeśli spowodowane nie były podstępem, dla zapewnienia większości, układu dopuszczającéj.

Piotr Nowiński.

O KRADZIEŻY.

(Ciąg dalszy) (1).

§ 2. Pokrewną z świętokradztwem, ale różną od tego przestępstwa jest *kradzież dokonana na trupie*, lub osobie uważanéj za zmarłą. Tu już nie religijne, ale moralne uczucie czci dla zmarłych jest obrażone w tych, których za życia wiązały z niemi stosunki familijne. Jest tu równie jak w wypadku poprzednim zbieg jednoczynowy: naruszenie własności i obraza tycząca osobistości lub stowarzyszenia. Uznajemy tu jednak czyn jednolity, choć wyróżniony, gdy zaś zabór jest rzeczą główną, dlatego kradzieże takie do cięższych zaliczamy. Kodex obowiązujący uważając samo naruszenie grobów mniéj właściwie za świętokradztwo, zasadnie przecież w ustępie 7ym artykułu 1167 widzi w okradzeniu trupa okoliczność obciążającą kradzież zwykłą. Przepisu podobnego niema w kodexach austryackim, ani pruskim. Hanowerski tylko kradzież tego rodzaju za cięższą uznaje.

§ 3. *Kradzieże na majątku państwa, Panującego, użytku publicznego, zakładów dobroczynnych, klasztorów dokonane.* Majątki tego rodzaju w ogóle większéj nie wymagają obrony, jak majątki prywatnych, będąc téj saméj co i ostatnie

(1) Zobacz Przegląd Sądowy, Tom VI, str. 64.

natury. Ale przychodzą tu inne względy które postać rzeczy zmieniają. Rozstrzygającemi są tu w każdym razie zasady prawa państwowego, które uwzględnia trudność powstania takich majątków, ważność celów materyalnych, jakie od bezpiecznego istnienia takich majątków zawisły, wreszcie względy użyteczności ogólnéj. Jeśli państwo ma interes w popieraniu rozwoju tych instytucyi i urzeczywistnienie celów jakie one sobie zakładają, zapewnić też winno ich stan materyalny, a przynajmniéj bezpieczne posiadanie dóbr już nabytych szczególną otoczyć opieką. Gdy tu jednak natura czynu nie zmienia się, ani miara przewinienia zbytecznie się nie wyróżnia od zwykłéj kradzieży, dość będzie uznać w tém okoliczność obciążającą tylko. Tak też postąpił kodex bawarski, równie jak i nasz z 1847 r. który uwzględniając tylko dobra kościoła, bezzasadnie zabór ich do świętokradztwa zaliczył, karę jednak pozostawił zbliżoną do prostéj kradzieży (Art. 241—243 ustęp ostatni).

§. 4. *Miejsce zaboru.*—Co do tego już w §. 1ym była wzmianka przy świętokradztwie o tém mianowicie, co się świątyni dotyczy. Kodex nasz w Art. 1167 Ust. 3ci obok kościoła wymienia jeszcze pałac monarszy, miejsce urzędowania władzy, lub zakładu kredytowego. Powaga miejsc tych jest konieczną ze względu na państwowe cele a bezczelność złodzieja, który w miejscach takich kradzieży się dopuszcza, dozwala obciążenia kary mu przypadającéj. Podobnie uważają niektóre kodexy kradzież na stacyach pocztowych, telegraficznych, lub dróg żelaznych. Są to jednak wypadki nader rzadkie, kazuistyka zaś dotykając ich sięga za daleko.

Wielką wagę posiadają za to przepisy takie jak prawa pruskiego, które w Art. 217 Ust. 6ty jako okoliczność obciążającą wymienia spełnienie kradzieży w *budynku zamieszkanym.* W niektórych kodexach, a mianowicie zacytowanym, ma okoliczność ta znaczenie podwójne: raz, jako obciążająca kradzieży zwykłéj, to znów jako cecha istotna i nieodzowna przy gwałtownéj kradzieży. My jednak rozbierzemy ją tyl-

ko w pierwszém znaczeniu, gdyż przy kradzieży gwałtownéj, zabudowania *zamieszkanego* nie będziemy wymagali, i dla tego takie miejsce okoliczności téj wyznaczyliśmy. Budowa zamieszkana, to miejsce gdzie się rozwija familia, jéj moralność i siła; wkraczać bez powodu i bezkarnie tam nie wolno. W domu wszycy uważają się za zupełnie bezpiecznych, dom zresztą wiąże wciąż osoby i rzeczy w jedną ściślejszą całość, w jedną moralną i materyalną rodzinę. Już z tego powodu że zabor jedność tę rozrywa, musiałby być surowiéj karanym. Ale są inne jeszcze względy bardziéj istotne niż ten któren wymieniliśmy, a mianowicie bezczelna śmiałość złodzieja. Wie on bowiem, że w domu zamięszkanym łatwo na kradzieży zdybanym być może przez osoby domowe. Świadomość ta obok przedsięwzięcia czynu dowodzi wielkiéj przewrotności moralnéj, która stanowi właśnie o wielkości przewinienia. Jest to poniekąd bardzo usprawiedliwiona obawa w mieszkańcach; w obec takiéj bezczelności nieufność rodzi się w bezpieczeństwo ogólne. Dla poszkodowanych intencye złodzieja nie są jawne, a śmiała napaść na własność każe im przypuszczać, że sprawca jest przygotowanym na wypadek zdybania i oporu. Trwoga zaś ogólna wszelki opór czyni niemożliwym. Stanowczą cechą takiéj kradzieży jest to, że złodziéj jest tu niebezpiecznym osobiście, i to nam pomaga do rozstrzygnięcia kwestyi, czy nieobecność osób dom zamięszkujących odejmuje znaczenia rozbieranéj przez nas okoliczności. Otóż wyrzeczenie co do tego zależy od wiadomości złodzieja o téj nieobecności. Jeśli wiedział że mieszkańców nie ma w domu i kradł licząc że nie będzie mógł być zdybanym, to brak tu zasady obciążającéj, taki złodziéj nie jest niebezpiecznym ani sam przez się ani ze względu na okradzionego. Lecz jeśli nie wiedząc o nieobecności wszedł do budynku i tam kradzież spełnił, podmiotowo jest on tak samo niebezpiecznym jak i wtedy gdyby mieszkańcy znajdowali się w domu podówczas, chociaż w ostatnim wypadku na niebezpieczeństwo rzeczywiste nie byli narażeni.

Powiedzieliśmy że okoliczność ta, obciąża kradzież zwykłą, wpływa ona jednak zarówno i na cięższą kradzież, ale nie zawsze. I tak: nie można poczytać jéj krewnym, domownikom, współlokatorom jednego lokalu i w ogóle osobom w domowéj wspólności z okradzionym mieszkającym. Stosunek między osobami temi stanowi co do ich winy, a spełnienie kradzieży w domu zamieszkanym ich się nie tyczy, i tylko winę osób obcych obciąża. I rzeczywiście obecność krewnych, domowników, służących i współlokatorów w mieszkaniu nie jest bynajmniéj dla mieszkańców niebezpieczną.

Osoby powyższe są uprawomocnione do przebywania i przebywają zwykle, współmieszkający nie są nawet zdziwieni, o obawie mówić nie ma zasady. Tém bardziéj nie stosuje się ta okoliczność do osób które jedynymi są lokatorami domu zamieszkanego—wypadek ten niepotrzebnie jest rozbierany przez kazuistów niemieckich. Widocznem jest również że samo przeznaczenie budynku na mieszkanie dla ludzi nie wystarcza, musi być rzeczywiście zamięszkanym i to w czasie dokonania kradzieży. Nieobecność wypadkowa lokatorów niewiadoma złodziejowi jak nadmieniliśmy, nie odejmuje budynkowi charakteru rzeczywiście zamięszkanego. Jedno tylko prawo pruskie w Art. 217 w Ust. 6, 220, 221, kwestyę tę specyalnie rozbiera, bez względu na sposób dostania się do zabudowania, byleby zabudowanie było zamieszkaném, choćby mieszkańcy nie byli obecni. W Art. 221 przyrównywa do zabudowań zamieszkałych 1mo statki wodne w których ludzie mieszkają—wymienienie to jest zbytecznem, bo kiedy mówimy o zabudowaniu zamieszkaném, to nie idzie nam o budowlę, ale o mieszkańców. 2do domy modlitwy. Co do tych ostatnich, możnaby się nie zgodzić; powód wyższéj karygodności kradzieży w miejscach takich wskazaliśmy, nie jest on ten sam co przy kradzieży w domu mieszkalnym. 3io również nie stosownie przyrównane są tu budynki publiczne do załatwiania czynności zachowania rzeczy. Oba porównania z tém jedynie zastrzeżeniem przyjąć można, że prawo miało

na myśli nie toż samość charakteru, ale jednaką karygodność, choć z różnych powodów wypływającą. 4to Wreszcie najważniejsza kategorya i najsprawiedliwiéj tu zaliczona: ogrodzone miejsca i budowle w nich znajdujące się. Wyrażenie prawa nie jest przecież dość trafném, nie wyraża tego o co istotnie tu chodzi, mianowicie: by miejsce te i budowle z zabudowaniem zamieszkaném całość stanowiły. A jednak bez tego wymagania przyrównanie byłoby równie nieodpowiedniem jak poprzednich kategoryj. Ogrodzone miejsce lub budowle w niem, wtedy przyjmują charakter mieszkalnych zabudowań gdy są z ostatniemi nierozerwalnie połączone. Pochodzi to ztąd zapewne, że kodexowi pruskiemu szło o uwzględniente charakteru miejsc i budowli tego rodzaju z uwagi na kradzież gwałtownym sposobem dokonaną. Dowodem tego zaś jest definicya miejsca ogrodzonego podana w ustępie ostatnim art. 221. Miejsce spełnienia, jest okolicznością która sama, natury czynu zmieniać nie może, dla tego też prawo pruskie kradzież za obciążoną nie zaś za cięższą uważa. Nasza Ustawa Gminna napadnięcie gwałtowne na dom w celu przestraszenia mieszkańców bez względu na wartość szkody do kodexu odnosić każe (art. 735 Ust. 3).

§. 5. *Czas dokonania zaboru.* Odróżnienie tu zachodzi między dzienną porą i nocną. Jakkolwiek tajemność nie jest cechą istotną kradzieży, bardzo często jednak zachodzi i najdobitniéj w opinii ogółu postać jéj wyraża. Złodziéj pragnie ukryć czyn swój, jeśli już nie dla saméj nieprawości działania, to przynajmniéj dla zatarcia śladów mogących wskazać na niego jako sprawcę. Noc tedy jest najlepszym jego wspólnikiem. I z tego powodu wynikała surowość dawnych prawodawstw dla nocnéj kradzieży, mściły się one na sprawcy za trudność dowodu. Już jednak prawo rzymskie tém się nie zadawalnia, a dozwalając obrony konieczněj (zabicia pko złodziejowi nocnemu, i innym też powoduje się nadto względem.) Wzgląd ten jest bardzo uderzający, zamiary złodzieja nocnego nie są wiadome, napadniętemu we śnie, kradzież, rabunek,

morderstwo, wszystko to przypuszczać on może. Okradziony choćby nawet był w stanie obudziwszy się bronić swojéj własności, to obrona ta nie mogłaby być skuteczną, bo ociężałość sama a w części obawa odbierają mu zwykłą odwagę. Złodziéj wie o tém że noc jest pomocnikiem najpewniejszym, wie że go nie zdradzi, liczy na jéj pomoc, na spokojność panującą podczas snu w mieszkaniach, oraz na wrażenie jakie sprawi niespodzianem swem zjawieniem się. Zresztą co jest tu najważniejszem, że obwiniony narusza bezpieczeństwo spoczynku domowego, który prawo szczególną otacza obroną. Kradzież jednak nocna uzupełnia charakter swój wtedy dopiero, gdy w zabudowaniu zostanie spełnioną, i to rozumie się w zamieszkanem, inaczéj o tych pobudkach wyższéj karygodności mowy byćby nie mogło. Pojęcie zaś zamieszkania stawiamy tu takie jak w paragrafie poprzednim Odpowiednio do tego porozumieć się musimy co pod wyrazem noc pojmować należy. Odpowiedzieć na to winna teorya. Definicya w kodexie ze względu na ciągłe zmiany w nauce jest niestosowną. Przytem nauka ani praktyka na ścisłe i jednostajne a zarazem ogólne oznaczenie nie zgodziła się jeszcze. Autorowie francuzcy uważają, iż kwestya ta rozwiązaną została we Francyi, a tém samém i u nas postanowieniami odpowiedniemi Kodexu Postępowania Cywilnego i cytacyą naprzykład artykułu 781 tegoż prawa który mówi, iż aresztowanym być nie można przed wschodem i po zachodzie słońca, lub art. 1037 wyrażający że exekucya niema miejsca jak tylko w oznaczonych godzinach, stosownie do pory roku. Wedle autorów ma to być definicyą dnia z któréj, a contrario pojęcie nocy zyskamy. Zgadzamy się na to, ale pod tym warunkiem, że pojęcie takie jako idealne, jako fikcya cywilna, nie może stanowić o obciążeniu lub złagodzeniu odpowiedzialności złodzieja, która jedynie na faktycznych opierać się winna stosunkach i okolicznościach rzeczywiste, nie zaś idealne mających znaczenie. Wprost odwrotnie wystawia zdanie Schwartze, gdy nie dając żadnéj pozy-

tywnéj ogólnéj definicyi, każe rzeczywistości w danym wypadku rozstrzygać. Opiera się on na tém, że prawo pod wyrazem noc, rozumiało stan rzeczywistego spoczynku. Zdania tego nie można nazwać nie trafnem, owszem, odpowiadałoby ono w zupełności naturze przedmiotu określanego, gdyby już sam Schwartze nie uznawał jego niedostatków. Rzeczywistość w objawach swych jest nieograniczoną: bez objęcia ich zasadą ogólną, nigdybyśmy rady sobie z nią nie dali, każe więc autor w wątpliwości co do stanu rzeczywistego ogólnemi posiłkować się zasadami. My też czego innego nie chcemy, ale postępując konsekwentniéj zasadę ogólną musimy podnieść i obronić taką, któraby uwzględniając indywidualność wypadków, starczyła w razach wątpliwych. Otóż spotykamy się z definicyami różnemi; jedni wymagają by noc zaczynała się i kończyła wtedy gdy się zaczyna i kończy spoczynek, nie już w danym wypadku, ale wedle zwyczajów miejsca, okolicy i pór roku, taką jest praktyka sądów pruskich.

Uwzględniona jest tu rzeczywistość, ale czy spoczynek, może noc przedłużyć lub skrócić? Idzie tu wprawdzie o spoczynek, na to się zgadzamy, lecz zdanie to ma te same niedogodności co i poprzednie, że podaje jako stanowczą, okoliczność do ustanowienia trudną i niestosującą się do wszystkich motywów wyższéj karygodności takiéj kradzieży. Najwłaściwszem byłoby określenie czysto-faktyczne nie wymagające żadnych objaśnień dalszych, że noc zaczyna się po zmierzchu wieczornym, a kończy przed świtem rannym; to do każdéj okolicy, każdéj pory roku da się zastosować, i obejmuje zwyczaje miejsc wszystkich. Podzielamy zdanie Schwartzego, że wszelka zasada ogólna jest niedostateczną, że obok niéj indywidualność danego wypadku baczności ujść nie powinna, dlatego i indywidualne wypadki, zajścia, spoczynku, wcześniéj, lub póżniéj wziąść musimy na uwagę. Złodziéj który wie że mieszkańcy nie śpią, mimo zajścia nocy i przeświadczony że nie narazi ich na obawę; a bezpieczeństwa ich

nie zakłóci, nie zasługuje na surowsze traktowanie, jak ten który w dzień kradnie, bo gdy w mieszkaniu bawią się tak jak we dnie, to i noc w obec takiego położenia rzeczy znaczenie swe utraca. Nie zapominajmy przecież że wypadki takie są wyjątkami tylko, a tém samém zasada pomimo modyfikacyi, jakim ulega z powodu istnienia wyjątków, zostaje niezmienną. Noc równie jak zabudowanie ma przy kradzieży znaczenie podwójne: raz jako okoliczność obciążająca sama przez się, to znów jako dodatkowa warunkująca istnienie innéj, a mianowicie kradzieży, gdzie sprawca wciska się w dzień do mieszkania by kraść w nocy, i istotnie kradzież w nocy spełnia. Ostatni wypadek dowodzi zbytecznéj kazuistyki w kodexach które go przewidują, gdy jednak wadą ta w bardzo wielu kodexach się powtarza, zastanowic się nad tém wypada. W prawie bawarskiem z 1816 r. znajdujemy przepis tego rodzaju jakiego tylko pruski kodex nie obejmuje. Powodem wyższéj kary jest tu bez wątpienia szczególna bezczelność złodzieja, który za dnia w mięszkaniu się ukrywa i łatwo odkrytym być może. Bezczelność zaś ta jest zarazem miarą niebezpieczeństwa jakie grozi mieszkańcom, bo złodziéj taki musiał się przygotować na wypadek odkrycia go. Z tego stanowiska wychodząc widzą prawodawcy niemieccy w tém kradzież cięższą, którą ograniczają jednak do wciśnięcia za dnia, gdy zaś w nocy nastąpi wciśnięcie, to już i czyn kradzieży cech takich nie nosi na sobie. Nie zamknięcie mięszkania na noc dowodzi niedbalstwa właściciela, jest winą jego, która zatem sprawcę kradzieży ciążyć nie powinna. Co do samego wciśnięcia się, to sposób jest zupełnie obojętny, wszystko jedno czy dostał się bez wiedzy właściciela, czy pod fałszywym pretextem lub w sposób prawem dozwolony, byle pozostanie w mieszkaniu było bezprawnem i ono to właśnie czynowi charakter szczegolniéj karygodny nadaje. Tu należy wypadek pozwolenia zamknięcia się na noc w cudzem mieszkaniu, aż dotąd postanowienie jest na słusznych oparte zasadach, ale kommentatorowie pra-

wa jak Schwartze idą dalej i nie przyjmują cięższéj karygodności, gdy złodziéj wcisnąwszy się w dzień, pozostaje przez noc w mieszkaniu i na drugi dzień kradnie. Bezczelność i narażenie mieszkańców na niebezpieczeństwo istnieje tu bezspornie, byłoby wielką niekonsekwencyą, wypadek ten inaczéj uważać. Kradzież nie jest nową, ale wciśnięcie się do mieszkania w celu spełnienia kradzieży w nocy, jest właśnie powodem przez tegoż autora wystawionym jako warunek podwyższonéj kary. W czynie takim odróżniamy dwa czyny; by stanowiły jeden a mianowicie kradzież cięższą, trzeba połączenia ich przez zamiar sprawcy. Wciśnięcie się do mięszkania nawet we dnie, ale w celu innym jak spełnienie kradzieży nie może być tu zaliczonem, brak bowiem związku istotnego, którego przypadek nie zastąpi. Zwróciliśmy uwagę, że pozostanie na noc musi być niedozwolone, gdzie tego niema tam okoliczność poczytaną być nie może naprzykład współlokatorowi jednego lokalu. Prawo pruskie artykuł 217 Ustęp 6ty Kodex obowiązujący artykuł 1167 Ustęp 1szy Kodex z 1818 roku artykuł 168 z powodu saméj jedynie nocnéj pory karę podwyższać każą i jednomyślnie noc za okoliczność obciążającą uznają. Code Pénal art 386 sama noc niema wpływu jakkolwiek między okolicznościami obciążającemi wyliczona, ale w połączeniu dopiero z innemi skutek swój wywiera.

Kradzieże cięższe ze względu na sposób ich dokonania.

§ 1. W téj kategoryi mieścimy, *kradzieże z włamaniem, wdarciem się lub z pomocą fałszywych kluczy dokonane* Zdaje się, że sposób dokonania jest w nich wszystkich cechą najbardziéj charakterystyczną i ogólną zarazem. W dotychczas rozpatrywanych wypadkach nie natrafiliśmy na szczególną staranność właściciela w czuwaniu nad swym majątkiem, a jednak większość dóbr zwła-

szcza przy znacznéj ich wartości jest nią otoczona. Trudność nabycia skłania właściciela iż stara się on, zabezpieczyć dobro swe przeciwko wszelkim możliwym napadom na własność. Staranność i dbałość o utrzymanie nabytych rzeczy objawia się w osłonięciu ich takiemi przedmiotami któreby same nie ulegając zaborowi, stanowiły obronę dla tych rzeczy, co są w nich złożone. Przedmiotami takiemi przeznaczonemi do przechowywania i strzeżenia innych rzeczy są najpierw: dom własny w którym mięszka posiadacz rzeczy schowanych i tam nad niemi osobistą ma pieczę; nad tém już zastanawialiśmy się, dom jednak wewnątrz posiada kufry, skrzynie i t. p. służące również do schowania rzeczy dla których wedle mniemania posiadacza, osobiste czuwanie nie jest wystarczającem. Daléj ten sam dom posiadając drzwi i okna zamykalne stanowi przez to zamknięcie obronę tak osobistości jak i własności w niem zawartéj, a zarazem przeszkodę targnięcia się na jedno lub drugie. Następnie poza domem mięszkalnym znajdujemy odpowiednią doń przestrzeń ogrodzoną (podwórze), w niéj budowle niezamięszkane. Wszystkie one bezspornie bezpieczeństwo schowanym w nich rzeczom gwarantują, i znane są pod nazwą ogólną: zabudowania lub zachowania. Prócz tego są jeszcze zabudowania stojące samotnie niebędące zamieszkanemi, a mimo to włeściciel obronie ich własność swą powierza, widząc w sile ich zamknięcia dostateczną bezpieczeństwa rękojmię. Są też i zachowsnia na otwartem zostawione powietrzu w których właściciel również upatruje doststeczną zaporę przeciwko zaborowi zawartéj w nich treści. Co do ostatnich właśnie istnieje nieporozumienie, a mianowicie co do tego czy można je z pierwszemi porównać, czy też je wyróżnić należy. Zastanowiemy się nad powodami które skłaniają prawodawcę do pójścia za jednem lub drugiem zdaniem, a rozbierzemy tém samém zasadę wyższéj karygodności przestępcy niezważającego na stawiane przeszkody. Powody bywają zwykle dwa: jeden subjektywny, drugi przedmiotowy, ostatni jako sporny

bardziéj zajmować nas będzie. Tak prawodawstwo jak i autorowie wskazują jako powód objektywny wymierzania kary surowszéj; 1) naruszenie domowéj spokojności i bezpieceeństwa i 2) naruszenie środków zachowania rzeczy. Co do 1go. Prawo zapewnia bezpieczeństwo osobom w domu mieszkającym i rzeczom tamże schowanym, napad na własność znosi bezpieczeństwo tak rzeczowe jak i osobiste, powoduje obrazę podwójną. Rzecz jest przedmiotem napadu bezpośrednim, zamiar przestępny jéj się tylko tyczy i to stanowi charakter samego czynu, lecz napad uskuteczniony na mieszkanie, jest skierowany pośrednio i przeciwko osobie, i pod tym właśnie względem o naruszenie domowéj spokojności mówimy. Złodziéj dostający się gwałtem lub podstępem do cudzego mieszkania każe podejrzywać iż byl przygotowanym na wypadek spotkania, objawia szczególne zuchwalstwo które obawą przejąć musi mieszkańców już nie o własność tylko, ale o życie lub zdrowie zagrożone. Można wyrozumować, że złodziéj zarówno pragnie uniknąć spotkania z okradzionym, jak go bez wątpienia nieżyczyłby sobie okradziony, lecz w chwili napadu uderza jedynie bezczelna śmiałość, w obec któréj trwoga w napadniętym jest bardzo usprawiedliwioną i naturalną. I to czynowi nadaje znamię bardziéj karygodnego przestępstwa, na to się zgadzamy, ale mając na celu rozebranie wypadków kradzieży cięższéj ze względu na sposób dokonania, musimy w wypadkach tych znaczenie obciążającego powodu zmodyfikować. Rzeczywiście zbyt wielkie nadały mu znaczenie kodexa niektóre uznając jak prawo bawarskie, kradzież sposobem szczególnym spełnioną za cięższą, wtedy jedynie, gdy nastąpiła w zabudowaniu zamieszkanem, dokonanie zaś w inném miejscu ma wedle tych kodexów znaczenie okoliczności obciążającéj. Co do 2go. Wyliczając środki zachowania rzeczy wymieniliśmy zabudowanie i zachowanie w właściwem znaczeniu, teraz podamy jakiemi być powinny i czém się różnią

Wszelkie zachowanie obejmujące rzecz jakąś, winno otaczać ją ze wszech strón lub z téj tylko z któréj do rzeczy dostać się można. Części zachowania winny przystawać do siebie i stanowić całość która przez osobę obcą jedynie w sposób niezwykły mogłaby być rozerwaną. Musi być dziełem ręką ludzką, nie zaś przez naturę dokonanem, a przynajmniéj choć częściowe przyłożenie się właściciela do utworzenia zachowania jest koniecznem. Przymioty te są nieodzowne by mogły stanowczo wyrażać wolę posiadacza utrzymania się władaniu rzeczy, staranność szczególną oraz przeszkodę z jego strony przeciwko dokonaniu zaboru. W istocie kradzieży uznaliśmy, że zabór musi z cudzego władania nastąpić, tu znamie, to cudzego władania dobitnie się odznacza, przyjmuje kształt więcéj wyrazisty przez zachowanie obronne. Oprócz nieuszanowania cudzego władania, przybywa tu nadto naruszenie lub uszkodzenie zachowania. Nie można zgodzić się na zdanie Schwartzego, iż cel zachowania jest obojętny, owszem będzie on miał wielką dla nas wagę; wziąść go jednak wypada w inném znaczeniu jak u krytykowanego autora. Schwartze odrzuca cel w ogóle przy zachowaniu, dlatego, że przeznaczenie nadane mu przez właściciela niema związku z przewinieniem przestępcy. Bardzo słusznie, lecz to nieusprawiedliwia bynajmniéj niezważania na cel gdy ten wynika z natury przedmiotu, zachowanie bowiem służyć może albo do zabezpieczenia przedmiotu od zaboru, lub przynajmniéj przeszkodzenia, albo też do utrzymania go tylko ze względu na jego stan naturalny naprzykład co do przedmiotów sypkich i płynnych. Zachowania ostatniego rodzaju nietylko nieutrudniają, lecz przeciwnie ułatwieniem są zaboru jak beczki, worki i t. p. Kradzież zaś którą sam właściciel ułatwia nie może być cięższą nazwaną. Podobnie ma się rzecz z opakowaniem dla ochronienia rzeczy od zniszczenia lub wypadnięcia, takie bynajmniej zaborowi rzeczy nie przeszkadzają, a przecież nie można zaprzeczyć iż są rodzajem zachowania. Zgodzić się można, iż materyał z jakiego zachowanie jest wyro-

bione natury jego nie zmienia, ale celu zachowania z materyałem łączyć się nie godzi. Zachowanie ma otaczać rzecz ze wszech stron, brak jednak, lub uszkodzenie dozwalające wejścia lub zaboru bez trudności z innéj strony, nie z téj, którą złodziéj dostał się do rzeczy, nie powinny kradzieży czynić prostą, bo przeszkoda w miejsce dostania się nie istniała. Wiadomość złodzieja o istnieniu wejścia niebronionego niezawsze może zdaniem naszem rozstrzygać, gdyż właśnie złodziéj posiadając wiadomość, często ma słuszny powód obawiania się iż to może wprost wskazać nań jako na sprawcę; naprzykład domownik lub inna blizka osoba stara się zwykle przybrać na siebie pozory obcego by tym sposobem zasłonić się przed poszukiwaniami. Zachowanie ma stanowić całość i obejmować przedmiot w niem zawarty, nie idzie jednak zatém, jak chcą niektórzy, by tém samém przedmiot był już oddzielonym od innych. Nie jedno zachowanie może kilka różnorodnych obejmować przedmiotów byle między niemi znajdował się ten który uległ zaborowi. Przeszkoda jaką zachowanie przedstawia winna być ręką ludzką dokonana, siła jéj przecież nie da się z góry wyrazić, ani oznaczyć w kodexie lub teoryi. Zresztą nie jest ona miarą odpowiednią jako bardzo względna, a pokonanie jéj całkiem od indywidualności sprawcy zależy.

Wszystkie pomienione warunki wskazując na wartość zachowania objętę są jedną nazwą techniczną: zamknięcia. Zamknięcie stanowić może sama budowa zachowania, ale zwykle jest niem jakiś środek zamykający. Nie należy jednak uwodzić się nazwą i uznawać je tam tylko gdzie zamek istnieje, bo jakkolwiek przyznajemy że zamek jest środkiem zamknięcia najczęstszym, ale nie jedynym, ani wyłącznym. Zamknięcie uzupełnia charakter zachowania. Lecz zachowania są dwojakiego rodzaju: jedne właściwe, drugie zwane zabudowaniem, otóż różnica między niemi na tém się zasadza, iż przy ostatnich domniemywamy mniej więcéj trwały związek z gruntem, zachowanie zaś winno być przenośnem. Zresztą

zabudowania mogą być tem względem zachowań, czem zachowanie jest dla przedmiotu w niem zawartego. Do zabudowania dodają miejsce ogrodzone, musi ono w przestrzeniowym związku z zabudowaniem znajdować się. Błędnie uważa prawo bawarskie, że ten co dostał się do takiego miejsca zagraża bezpieczeństwu domowemu, gdy zostaje z domem wewnętrzny związek przechodu. Nie można też zgodzić się na zdanie Schwartzego, jakoby powodem przyrównania miało być, iż złodziéj ma ułatwione dostanie się do zabudowania. Jestto bez wątpienia ważnem ale niestanowczem, wina leży bowiem w naruszeniu bezpieczeństwa rzeczy przez pokonanie przeszkody zewnętrznéj, jaką jest ogrodzenie: Nie idzie tu o dostanie się do zabudowania, bo właściciel widząc dostateczną obronę w wysokości muru, przedmioty wprost na podwórzu zostawia, a w takim razie bez względu na przystęp do zabudowania łatwy lub trudny mogą one uledz zaborowi, powód przez Schwartzego podany ma znaczenie wtedy tylko gdy kradzież w zabudowaniu spełniona za pomocą pokonania przeszkody jaką ogrodzenie stanowiło, lecz wówczas ogrodzenie jest zamknięciem zabudowania niezamkniętego. Nie rozstrzyga więc przynależność jak chce prawo pruskie, ani związek przestrzeniowy, ale ogrodzenie, jako rodzaj osobny zamknięcia

Naruszenie takich środków zabezpieczenia rzeczy ma odpowiednią też miarę subjektywnego przewinienia. Nie ulega bowiem wątpliwości iż natężenie woli przestępnéj takie iż czyni ją zdolnem do pokonania przeciwstawionych przeszkód, o ile z jednéj strony szczególny rozmysł objawia, o tyle z drugiéj znów jest dowodem wysokiéj przewrotności i zepsucia moralnego. Zpotęgowany zaś rozmysł grozi większem niebezpieczeństwem własności. Przedmiotowa jednak istota przestępstwa już wystarcza by je do cięższych kradzieży zakwalifikować. Wobec tego wszystkie inne względy muszą ustąpić. Kradzież taka może co prawda być niebezpieczną dla mieszkańców domu, ale niebezpieczeństwo to jest

złem idealnem dającem się przewidzieć, które przecież na wypadek ziszczenia się odejmuje czynowi charakter kradzieży, mianowicie gdy zagrożenie życiu lub zdrowiu dzieje się w celu zaboru. Jeżeli zaś, co się najczęściéj zdarza, złodziéj na gorącym uczynku zdybany ucieka, to i takie zaprzeczenie złéj intencyi przeciwko osobom nie może odjąć znaczenia napadowi na spokojność i bezpieczeństwo rzeczy zachowanych, gdyż napad ten już stał się i odwołanym być nie może.

W ogóle niebezpieczna jest tu okoliczność która nie stoi w ścisłym związku z zaborem. Upatrywanie więc charakteru zasadniczego czynów tego rodzaju w niebezpieczeństwie jest równie jak i wynikające ztąd ograniczenie do zabudowań zamieszkanych, bardzo nietrafnem, nawet gdy dodamy, jak w prawie bawarskiem, że czyn ma być umyślnie niebezpiecznym. Daleko odpowiedniejszem i bardziéj ogólnem jest wyrażenie prawa austryackiego, które kradzież dokonaną na rzeczach zamkniętych za cięższą uważa. To jedynie możnaby mu zarzucić iż zwraca główną uwagę na przedmiot zaboru, nie zaś na sposób dokonania, gdy tymczasem ogółowe określenie łatwiéj da się do sposobu zastosować, a sposób oznacza w takich kradzieżach to, co rzeczywiście jest istotnem. Takie pojmowanie zmusi nas do zerwania ze starą terminologią i starym podziałem. Sposób dokonania, który jest też wyrazem natężenia woli przestępnéj dwojaki być może, środki przestępne są zawsze jednakie, występują one i tutaj jako gwałt i podstęp. Oba są tu skierowane przeciwko zachowaniu, a w szczególności przeciwko jego zamknięciu z tą różnicą jedynie, iż podstęp je omija, gwałt pokonywa, niszczy. Pod kategoryę pierwszą kradzieży gwałtownéj obejmujemy tak zwane włamanie, pod kradzież podstępną wdarcie się i użycie fałszywych kluczy. W obu razach istnieje pokonanie zamknięcia i to w sposób przeciwny porządkowi. I właściciel bowiem chcąc dostać się do rzeczy musi pokonać środek zamykający, używa on do otworzenia

sposobu, który przez to używanie uważanym być musi jako zwykły i właściwy. Dla złodzieja sposób ten nie służy, on też nie troszczy się o to, i dostaje się do rzeczy w sposób taki, jaki w danym razie jest dla niego możliwym, że zaś nie jest to sposób właściwy, a mimo to przestępca od dokonania zaboru nie odstąpił, wina jego zatem będzie cięższa, gdyż tego, tak przedmiotowa jak i podmiotowa strona przestępstwa wymaga, i śmiałość w wykonaniu gwałtu, lub zawziętość w podstępie objawiająca się obok przezwyciężenia przeszkody zewnętrznéj. Samo niewłaściwe pokonanie zamknięcia nie mieści w sobie nic coby wpływać mogło na wyróżnienie kradzieży któréj ono towarzyszyło. Ograniczyć też należy jego znaczenie do wypadków, gdzie służyło jako środek dokonania kradzieży. Gdy zaś środek winien wcześniéj być użytym zanim ziści się cel, który sprawca ma na widoku, dlatego pokonanie zamknięcia choćby w sposób niewłaściwy dopełnione po kradzieży, traci swój wpływ w zupełności. W istocie kradzieży wskazaliśmy że zabór polega na objęciu posiadania, tém samém uniesienie przedmiotu równie jak i zabezpieczenie swéj osoby stoją za granicami dokonanego już przestępstwa i pokonanie zamknięcia dla uskutecznienia jednego lub drugiego, dla istoty kradzieży cięższéj musi obojętnem pozostać. Jakkolwiek czynność pozytywna pokonania zamknięcia musi być wcześniejszą jak sam zabór, to jednak bezpośrednie następstwo w czasie między niemi jest warunkiem koniecznym do uznania jedności. Nie można też uznać cięższéj kradzieży tam gdzie zabrano środek zamykający: kłódkę, skobel lub coś podobnego, by zamknięcie uniemożliwić na czas jakiś, bo właściciel miał możność opatrzyć zachowanie nowym zamkiem. Niema tu jedności czynu, choć zamiar zaboru zamka był skierowany na kradzież przedmiotów zamkniętych, niedbalstwo właściciela jest tém, co jedność działania przestępnego rozrywa, gdyż ono to pośredniczy samo w dokonaniu kradzieży. Jest to kradzież prosta. Oprócz następstwa bezpośredniego w czasie, istnieć

musi jedność co do miejsca, tojest kradzież wtedy jako cięższa uważana być może, gdy spełnioną jest w miejscu do którego w bezprawny sposób sprawca się dostał lub trudność przystępu pokonał.

§ II. *Kradzież gwałtowna.* Unikamy wyrażenia: *włamanie* jako ogólnego, gdyż znaczenia tego nadać nie podobna, określa ono jeden rodzaj gwałtu na rzeczy. Prawda że jest ono najczęstszem, najbardziéj też uderza, dziś jednak pozostawić mu możemy tylko tradycyą historyczną, jest ono chwilą w rozwoju nauki i gwałtownéj kradzieży. Czyż można bowiem inaczéj uważać wyłamanie drzwi jak i wybicie lub wysadzenie, a to znów inaczéj jak podkopanie się? wysadzenie prochem i inne nawet nie mechaniczne sposoby otwarcia, a przecież łamania tu nie było. Czy można mówić o włamaniu się w cudzą zaszytą kieszeń, a przecież kieszeń zaszyta jest zarówno dobrem i pewnem schowaniem jak szkatułka lub skrzynka na pieniądze, nazwanie w tym razie rozprucia włamaniem śmiech tylko wzbudzić może.

Sposób dokonania zaboru kradzież tę wyróżniać ma od kradzieży prostéj, otóż sposobem, tu gwałt. Nie sprzeciwia się to istocie kradzieży, jakkolwiek jest ono zaborem bez gwałtu, ale tu gwałt tylko przeciwko zachowaniu ma być skierowany a zatem przeciwko rzeczy nie zaś przeciwko osobie, tem samem zaś sposób dokonania nie nadaje przestępstwu charakteru podwójnego czyli mięszanego. Jakiego rodzaju ma być ten gwałt? Znamy już przedmiot gwałtu ogólnie przynajmniéj ma nim być zachowanie, ale czy każdy objaw siły jest gwałtem? Nie, bo siła potrzebną jest i do pokonania zamknięcia w sposób właściwy, zwykły. Już więc w samem pojęciu gwałtu leży jego bezprawny charakter. Szczególnie silnym być on nie potrzebuje, siła gwałtu równie jak siła przeciwstawionéj mu przeszkody są względne, nawzajem od siebie zawisły. Musi jednak istnieć przeszkoda otworzenia zachowań w sposób właściwy. Nie podobna naprzykład uznać gwałtu w otworzeniu listu w którym pie-

niądze znajdują się. Zdanie przeciwne Schwartzego niema żadnéj zasady, bo i ten do którego list jest adresowany, który zatem jest właścicielem pieniędzy, w inny sposób otworzyć go nie jest w stanie. Zapieczętowanie listu nie jest więc przeszkodą otworzenia go w sposób właściwy, inaczéj przeszkoda istniałaby przeciwko właścicielowi. Listu też nie nazwiemy środkiem zachowania pieniędzy. Prawodawstwa niemieckie określają że gwałt dokonywa się przez zrobienie otworu lub rozszerzenie już istniejącego. Zdawałoby się iż to wskazuje na konieczność uszkodzenia zachowania, tak jednak nie jest, gwałt domniemywa tylko pokonanie zamknięcia w sposób bezprawny, uszkodzenie jest wypadkowem. Wprawdzie gwałt by dostarczyć sprawcy przystępu do rzeczy musi rozerwać związek jaki istnieje między zachowaniem a przedmiotem w niem zawartym. To jednak nie zapominajmy, iż naruszenie jedności następuje w celu zaboru, może trwać zatem dopóki cel nie zostanie osiągniętym. Zdarza się też, że rozerwanie całości zachowania żadnych śladów uszkodzenia nie pozostawia naprzykład gdy złodziéj wciske się przez wrota, otworem jaki powstaje skutkiem odepchnięcia jednéj a przyciągnięcia jednoczesnego drugiéj połowy. A przecież nikt tu o istnieniu gwałtu nie wątpi. Środek zamknięcia wreszcie bardzo często pozostaje nienaruszonym mimo rozerwania nawet stałego związku. Nie trzeba uszkodzenia, dość jest pokonać opór jaki zachowanie stawia zaborowi. Do wykonania gwałtu nieodzownym jest objaw siły ale nie więcéj, narzędzia ani szczególne ku temu przybory nio mogą być wymagane, bo jak nadmieniliśmy siła zamknięcia i siła otwarcia są bardzo względne. Wskazaliśmy przedmiot na którym gwałt ma być dokonanym w ogóle teraz bliżéj go określić musimy. Odróżnienie tu jedynie takie, że względnie do każdego z tych przedmiotów właściwego rodzaju otwór powstaje skutkiem gwałtu. I najpierw gwałt w otwarciu zabudowania czyli tak zwane: włamanie zewnętrzne. Tu jest miejsce do rozstrzygnięcia kwestyi: czy wej-

ście do zabudowania zrobionym otworem jest warunkiem istnienia cięższéj kradzieży, czy też dość jest sięgnąć i rzecz przy pomocy otwarcia wydobyć? Kwestya ta rozstrzygnięta dziś stanowczo, była sporną ze względu na nietrafność wyrażenia ogólnego włamania, które domniemywało wejście do zabudowania. Charakterystyka kradzieży tego rodzaju przez nas podana, ułatwia nam odpowiedź. Gwałt bowiem ma być środkiem spełnienia zaboru, otóż gwałt skończył się przez zrobienie otworu, a przez dostanie rzeczy chociaż bez wciągnięcia się wewnątrz, uzupełnia się charakter gwałtu jako narzędzie przestępstwa. To co powiedzieliśmy poprzednio w § 1ym w zupełności, należy tu zastosować by wszelkie dalsze objaśnienia zbytecznemi uczynić. Dodać wypada tylko że gwałt dokonany w celu uniesienia zabranéj rzeczy wtedy tylko może wpływać na istotę przestępstwa kradzieży, gdy bez tego objęcie posiadania przez sprawcę jeszcze nie nastąpiło, a przynajmniéj nie można powiedzieć, by rzecz wyszła już z posiadania dawnego pana, zdarza się to naprzykład przy uprowadzaniu bydła. Daléj idzie gwałt w otwarciu zachowania, pod tą kategoryą obok zwykłych skrzyń, kufrów i t. p. dodają tu jeszcze więcéj ze względu na jednakową karygodność, gwałt w otwarciu części wewuętrznych zabudowania. Jest to tak zwane: włamanie wewnętrzne, zwykle lżéj karane. Co do otwarcia części wewnętrznych zabudowania jak i zachowań w niem lub ogrodzonem miejscu znajdujących się, to lżejsza kara wtedy miejsce mieć może gdy do samego zabudowania z zewnątrz bez gwałtu sprawca się dostał. Nie trzeba dodawać, iż zastrzeżenie takie co do zachowań nie w zabudowaniu, ani w miejscu ogrodzonem znajdujących się, byłoby zbytecznem, bo dostęp do nich żadnéj nie przedstawiał trudności. Do kradzieży tego rodzaju przyrównywają niektóre prawodawstwa zabór prosty zamkniętych zachowań wraz z rzeczami; nie da to się niczem usprawiedliwić ani ze względu na charakter czynu ani na ka-

rygodność nawet. Nie jest to kradzież gwałtowna, nie jest niebezpieczną, przedmiot zabrany w sposób nie obciążający, sprawca nie doznał żadnéj przeszkody w dokonaniu zaboru. Na jakiéj przeto zasadzie czyn podobny został tu zaliczony? Oto dlatego, że sprawca do posiadania przedmiotu pożądanego nie może się dostać inaczéj jak przez gwałt na zachowanie. Ale zabór już dokonany w zupełności, rzecz wraz z zachowaniem przeszła w posiadanie złodzieja, czynowi ex post charakteru cięższego przestępstwa nadawać nie można. Okoliczność dopuszczenia się gwałtu na zachowaniu już zabranem i w posiadaniu objętem, nie jest związaną bynajmniéj z samym zaborem w tém znaczeniu, jakie nawet w tych prawodawstwach do kradzieży gwałtownéj bywa przywiązanem; mianowicie, gwałt nie jest środkiem dokonania zaboru. Wreszcie co jest tu najważniejszem, że możność wyniesienia samego zachowania nie dozwala w tym razie mówić o przeszkodach pokonanych przez złodzieja. Prawo bawarskie najbardziéj jest sprzeczne z zasadami tu podanemi, mówi o włamaniu w zabudowanie zamięszkane, i wtedy kradzież jest cięższą, wszystkie inne wypadki gwałtu, jako okoliczność obciążającą uważa. Błędu tego nie podziela Code Pénal, widzi on kradzież cięższą gdy gwałt dokonany został na zabudowaniu niezamięszkaném, lecz niewłaściwie przyrównywa do tego rodzaju kradzieży zabór zachowań zamkniętych bez otwarcia ich na miejscu. Tak samo postępuje i nasz kodex z 1847 roku, a Ustawa Gminna wszystkie wypadki bez względu na wysokość szkody, do kodexu odsyła. Ustęp 5ty artykuł 785. Wszystkie one odróżniają stanowczo włamanie zewnętrzne od wewnętrznego, i w tém mają przeciwko sobie jeden tylko kodex austryacki, który w § 174, II dział mówi o kradzieży rzeczy zamkniętych, w ogóle nie stawia różnicy między zachowaniem a zabudowaniem, wymaga tylko by wartość przedmiotu skradzionego przenosiła 5 guldenów W takich warunkach kradzież staje się zbrodnią. Pominięcie odróżnienia wybaczyć można jeśli prawodawca zosta-

wia sędziemu wielki zakres między maximum a minimum kary. Lecz wzgląd na wartość przedmiotu skradzionego przy gwałtownéj kradzieży nie da się niczem usprawiedliwić, a jednak i prawo bawarskie 1861 roku czyni naturę cięższéj kradzieży zawisłą od wartości ¡10ciu guldenów. Wreszcie prawo pruskie mówi najpierw o wyłamaniu w ogóle, następnie określa je bliżéj i usuwa przez to wszelkie nieporozumienia. Na sposób ten traktowania w zupełności zgodzić się możemy. Kradzież gwałtowna jednozgodnie za cięższą jest uznana.

§ III. *Kradzież podstępna.* Podstęp dwojakiego rodzaju być może, albo polega na ominięciu przeszkody stawionej przystępowi do rzeczy przez wejście otworem nieprzeznaczonym do tego, lub też na usunięciu zapory jaką zamek przedstawia przez użycie fałszywych kluczy. Nazwaliśmy sposób dostania się: podstępem, w odróżnieniu od siły otwartéj, towarzyszącéj gwałtowi.

A. *Wejście otworem do tego nieprzeznaczonym.* Wszelka obrona szczególna o naruszenie jakiéj mówimy tutaj skierowana jest przeciwko występnéj woli ludzkiéj. Naturalną będzie przeto rzeczą ograniczenie, że otwór o jakiem mowa niema być przeznaczonym do wchodzenia dla ludzi. Gdy bowiem zachowanie takiego wejścia nie dozwala, właściciel lub posiadacz rzeczy zachowanych jest w zupełności bezpiecznym o nie, bynajmniéj zaboru się nie obawia. Z góry określić nie podobna, jakie otwory na przeznaczone jakie zaś za nieprzeznaczone uważanemi być mają; wskazówka ogólna co do wypabków wątpliwych jest tylko możliwą. Otóż stanowczym ze względu na to przeznaczeniem jest objaw woli posiadacza, a w braku takowego objawu zwyczaj ciągłego używania. Mówimy tu w ogóle o otworach urządzonych lub powstałych z wolą a przynajmniéj z wiedzą o tém właściciela. Są otwory służące dla przepędzania przez nie jedynie inwentarza żyjącego, takie za właściwy otwór wchodowy dla ludzi nie mogą być uznane. Są otwory dozwalające przystępu do pewnego miejsca dla pewnych ludzi, jak kominy

dla kominiarzy, wyłomy w murze dla robotników i t. p., te przecież poza tym mogą być uważane za nieistniejące. Nawet części otworu właściwego jako nieprzeznaczone do wejścia, chociaż nie zamknięte, nie mogą odejmować znaczenia obronie własności przeciwko zaborowi. Mamy tu na myśli tylko zabudowania, o zachowaniach w ścisłem znaczeniu mowy być nie może. Zabudowania zaś nie są, jak wiemy, szczelnie zamkniętemi, przeznaczenie ich wymaga koniecznie otworów służących do przepuszczenia światła, powietrza i t. p. celów, a prócz tego posiadają inne do wejścia dla ludzi przeznaczone. Zamknięcie ostatnich każe właścicielowi przypuszczać, że nikt do przedmiotów tam schowanych niedostanie się. Ze względu też na zabudowania i otwory w nich nieprzeznaczone do wejścia, niektóre prawodawstwa mówią o wdarciu się z dołu na górę, lub z góry na dół. Wyrażenia tego szczęśliwem nazwać nie można, bo zawiera ono w sobie jakby konieczność pokonania przy tem wielkich trudności. I tak określano a priori wysokość sześciu stóp jako istotną cechę znamionującą wdarcie, naprzykład prawo wirtembergskie. Inne żądają takiéj wysokości, że złodziéj na wypadek spadnięcia prawdopodobnie zrządziłby sobie uszkodzenie. Konsekwencyą zaś tego był znów wzgląd na niebezpieczeństwo okradzionego, jak w prawie badeńskiem, które kradzież za cięższą uważa, gdy złodziejowi z trudnością by przyszło zbiedz na wypadek zdybania. Trudność wdarcia się i wydostania usposobia wedle motywów tego kodexu do stawienia oporu. Więc znowu niema podwyższenia kary gdy zdybany prosi o litość. Tak samo postępuje prawo bawarskie wymagając użycia szczególnych środków pomocy i odróżniając przytem czy je złodziéj sam przyniósł lub na miejscu zastał. Dogadza to bez wątpienia kierunkowi kazuistycznemu, lecz nie wyraża tego co jest istotnem. Bo wreszcie wszystko to co te kodexa wskazują jako okoliczności stanowcze, w rezultacie zależy od indywidualności sprawcy i niema żadnego związku z naturą kradzieży tego rodzaju. Wobec takiego

zapatrywania przestaje być wątpliwą kwestya: czy przy wdarciu jest konieczne wejście do zabudowania, bo tu powód karygodności wyższéj, właśnie na wejściu polega. Wejście jest właściwie środkiem spełnienia kradzieży, a że nastąpiło otworem nie przeznaczonym do tego i w zamiarze kradzenia, jednocześnie z czynem zaboru, kradzież cięższą stanowi. Bez wątpienia są wypadki gdzie otwarte okno parterowe zdaje się nie stanowić przeszkody dostania się do zabudowań i pochwycenia. Ale odpowiadamy na to, nie będziemy uważali kradzieży cięższéj, gdy złodziéj przez otwarte okno wyciągnął przedmiot bez dostania się wewnątrz, gdy zaś potrzebował się dostać by kradzieży dokonać, to już samo to dowodzi, że okno lekko otwarte stanowiło dlań dostateczną tamę przeciwko zaborowi. Wejście do zabudowania musi z zewnątrz nastąpić, a kradzież w tém samém zabudowaniu spełnioną być winna, do którego sprawca wszedł niewłaściwym otworem. Rozciągnąć można to jednak daléj, bo gdy złodziéj wszedł do zabudowania jednego, a ukradł w drugiem, z którem pierwsze było w związku przechodu, w wypadku takim wejście było zawsze środkiem dokonania zaboru. Takież samo ma znaczenie wejście do miejsca ogrodzonego i kradzież w niem, lub w zabudowaniu przynależnem. Przytem jednak mogłaby się nastręczyć wątpliwość co do użytego przez nas wyrazu otwór, gdy wejście wierzchem przez mur nastąpiło, otóż usuwa się ona, skoro zwrócimy uwagę, że ogrodzenie zawsze otwór przedstawia z góry, choć do koła przestrzeń zamkniętą stanowi. Otwór ten górny nie jest do wejścia przeznaczonym. Ale tu koniecznem jest ograniczenie, by ogrodzenie miało miejsce inne właściwe. Czy wchód w innem miejscu do zabudowania a respective ogrodzonéj przestrzeni był właściwym lub nie, jest to rzeczą jak już gdzieindziéj zauważyliśmy, obojętną, bez względu nawet czy złodziejowi było to wiadomem, byle tylko w danem miejscu przeszkoda do wejścia otworem właściwym istniała. Powiedzieliśmy że wola właściciela lub zwyczaj

rozstrzygać mają o wypadkach wątpliwych, ale jako zasadę ogólną stawiać tego nie można, bo zdarza się, iż wypadek zrobi otwór taki, że nim człowiek przejść może w sposób zwykły bez żadnéj przeszkody do zabudowania, mimo że ani wola właściciela otworu tego do wejścia nie przeznaczyła, ani też zwyczaj wchodzenia nim, nie ustalił się. Tu należy dość częste uszkodzenie zabudowania lub ogrodzenia w miejscu naprzykład w którem złodziéj do niego się dostał. Żeby jednak kradzież można było nazwać prostą, trzeba by uszkodzenie wypadkowo nastąpiło, a przynajmniéj by złodziéj do tego się nie przyczynił, inaczéj będzie istniała kradzież z włamaniem. Schwartze nie słusznie w ostatnim wypadku widzi zbieg dwóch okoliczności, tojest: włamania się i wdarcia. Powodami wyższéj karygodności są ze strony przedmiotowéj, że bezpieczeństwo rzeczowe przez pokonanie przeszkód szczególniéj naruszone zostało, ze strony zaś podmiotowéj, upór złodzieja, którego przeszkody nie wstrzymały od dokonania. Prawo pruskie w § 222 wylicza otwory, któremi wejście, nazywa niewłaściwem, lecz uznając niepodobnem wyczerpanie ich, oznacza resztę ogólnem wyrażeniem: lub inne do wchodzenia nie przeznaczone nad lub pod ziemią. W paragrafie zaś 218 uważa kradzież z wdarciem za cięższą. Art. 397 Code Pénal w związku z art. 381 traktuje wdarcie na równi z włamaniem, rozumiejąc pod niem wejście do domu lub miejsca ogrodzonego otworem tak nad, jak pod ziemią znajdującym się, zaś w art. 384 przyrównywa wypadki spełnienia w domu niezamieszkanym. Kodex obowiązujący art. 1167, Ustęp II^{gi}, wymienia wejście przez otwór niewłaściwy, a mianowicie: okno, parkan, ogrodzenie, lub inny wchód tajemny, między okolicznościami obciążającemi kradzież zwykłą. Postanowienie to nie znajduje odbicia w żadnym innym kodexie. Nie umiemy wytłomaczyć sobie odróżnienia tego sposobu dostania się do zabudowania, od wejścia przy pomocy gwałtu lub kluczy fałszywych, bo zawsze jest jedna i taż sama przeszkoda pokonana, jeden i ten sam stopień natężenia woli przestępnéj.

B. *Otworzenie i zabór przy pomocy kluczy fałszywych.* Tu inne ograniczenie postawione co do rodzaju zachowania, tojest, że ma być zamkniętem, a środkiem zamknięcia ma być zamek. Zamek stanowi miejsce w którem właściwie następuje związanie w całość pojedyńczych części zachowania, obejmującego przedmiot schowany. Ale i tego nie dosyć, do zamknięcia potrzebny jest nadto klucz, który pojęcie zamku uzupełnia, z zamkiem jednę całość stanowi. Z tego zjednoczenia wynika również i pojęcie klucza fałszywego. Fałszywym ten będzie, który z zamkiem nie stanowi jedności, tylko klucz służący do zamykania jest narzędziem otwarcia właściwem.

Najodpowiedniéj określa ten wyraz: klucze nie przeznaczone do zamka. I tu, jak przy wejściu przez otwór niewłaściwy, o przeznaczeniu stanowi wola właściciela i zwyczaj używania klucza do zamykania i otwierania. Właściciel używa co prawda czasami witrychów, by dostać się do mieszkania własnego lub zachowania; lecz to są wypadki wyjątkowe, które o przeznaczeniu nie rozstrzygają. Kwestya: czy klucz passuje do zamka czy nie, nie może mieć takiego znaczenia ażeby można powiedzieć, że klucz niepassujący nie jest przeznaczonym, ale odwrotnie to zastosować się nie da, bo są zamki tak proste, że każdy prawie klucz do nich się nadaje. Powiedzieliśmy, że przeznaczenie od woli człowieka zależy, z tém jednak zastrzeżeniem że właściciel nie będzie tym złodziejem przeciwko któremu zamknięcie na klucz jest skierowane naprzykład u lokatora, bo jasną jest rzeczą, że wola właściciela jest tu wolą złodzieja. Gdy klucz nie jest przeznaczonym, to może być albo witrychem, tojest służącym do otwierania wszystkich zamków, albo też podrobionym tylko i wtedy do jednego zamka się stosuje. Była kwestya: jakie otwarcie jest bardziéj karygodne, czy za pomocą kluczy podrobionych, czy też witrychów, zgodnie z pojęciem kradzieży podstępnéj, odpowiadamy na to: że witrych jako passujący do wszystkich zamków okazuje sprawcę jako złodzieja z professyi, klucz zaś podro-

biony wprawdzie wskazuje na jedną oznaczoną kradzież, ale podrobienie samo jest dowodem wielkiéj energii w przygotowaniu do przestępstwa. Odróżnienie więc co do karygodności między niemi jest niemożliwe ze względu na podmiotową stronę przestępstwa. Prędzéj zgodzić się można na łagodniejsze traktowanie kradzieży dokonanéj przy pomocy otwarcia zamka kluczem do złodzieja należącym, a tylko nadającym się do cudzego mięszkania lub zachowania. Klucz taki w danym razie jest jakby witrychem, ale bez możności dokonywania wielu kradzieży, z drugiéj zaś strony, nie nosi na sobie cech obciążających klucza podrobionego.

Pozostaje nam jeszcze do rozstrzygnięcia wątpliwość: co do natury klucza zgubionego przez właściciela, a znalezionego przez złodzieja, a mianowicie, jak klucz taki uważać należy. Czy mimo zgubienia może on być uważanym za przeznaczony tojest, czy można powiedzieć, że związek z zamkiem przez zgubienie rozerwanym nie został? Uznaliśmy że pośrednikiem między zamkiem i kluczem w jedność je wiążącym jest wola właściciela, lub zwyczaj użycia. Ostatni bez wątpienia ustaje, i gdybyśmy trzymać się mieli nauki prawa cywilnego rzymskiego o destinatio; musielibyśmy powiedzieć że już od zaginięcia klucz przestał być przeznaczonym. Lecz pozostaje nam jeszcze wola właściciela, jeśli ta nie postanowiła jeszcze co do nowego zamknięcia, to postanowienie dawne co do zagubionego, nie traci swéj mocy i klucz ten właściwym być nie przestaje. Mamy jeszcze silniejszy argument przeciwko fikcyom cywilnym, a tym jest stan faktyczny, że zamknięcie przeciwko posiadaczowi klucza nie istnieje i otworzenie takie w połączeniu z zaborem nie może być nazwane cięższą kradzieżą. Zastąpienie zamka nowym nie jest konieczne, dość jest sprawić nowy klucz nawet by dawnemu odjąć przeznaczenie, bo jakkolwiek dowodzi to nieostrożności wielkiéj ze strony właściciela, to przecież niedbalstwo jego o winie złodzieja nie może stanowić, ale co najwyżéj łagodzić ją tylko jest w stanie. Obojętną jest rzeczą, czy klucz zna-

leziony na miejscu kradzieży lub po za tém miejscem, w czasie blizkim lub odległym, służy to jedynie za miarę niedbalstwa właściciela, ale na karygodność wpływu niema żadnego. Okoliczność ta zasługiwać może przecież na uwagę z tego względu, że przy znalezieniu klucza na miejscu, powstaje kwestya co do tego, czy pozostawionym był on w miejscu gdzie znaleść go było bardzo łatwo bez czynienia poszukiwań. Oznaczenie tego ważnem byćby mogło, lecz przedstawia wiele trudności; łatwość lub trudność znalezienia jest rzeczą względną, ani a priori, ani w danym nawet wypadku nie dającą się ustanowić. Możliwemi są tylko wskazówki, jak naprzykład, zostawienia w miejscu widoczném lub takiem, gdzie złodziéj spodziewać się może zostawienia, znając miejscowe zwyczaje (pod próg, lub nad drzwiami, albo też gdy wiedział od razu gdzie klucz się znajduje).

Z drugiéj znów strony względnem jest także niedbalstwo właściciela, bo bezpieczeństwo istnieje, pomimo takiego zostawienia klucza, gdy sąsiedzi są w domu obecni i widzą każdego przychodzącego przez drzwi otwarte ze swego mięszkania, jak na wsi naprzykład. Postawienie przeto warunku trudności w znalezieniu lub robieniu poszukiwań, więcéj niedogodności w ogóle jak korzyści przyniesie; w razie jednak takim, gdy jest łatwe do ustanowienia, zaniedbywać go nie należy. Klucz właściwy, prócz tego, może dostać się w ręce złodzieja sposobem przestępnym, również przez zabór lub podstęp. W takich wypadkach, gdy nic nie zdziałano więcéj, jest kradzież lub oszustwo klucza dotyczące; gdy zaś klucz użytym został jako środek zaboru, ma miejsce przestępstwo ciągłe. Co do podstępu, dodać musimy zastrzeżenie, że nie jest nim, zyskanie klucza do celu innego, ale istotnego i dozwolonego, choćby zaraz w chwili uzyskania sprawca powziął zamiar dokonania zaboru przy jego pomocy. Zamknięcie na klucz, istnieć może przy zabudowaniu, lub zachowaniu, odpowiednio też do tego, otworzenie fałszywemi

kluczami jednego lub drugiego się tyczy. Tutaj równie jak przy gwałtownéj kradzieży, odróżnienie, na dostanie się z zewnątrz i otwarcie wewnątrz zabudowania, nie powinno powodować jak tylko zmianę kary w granicach prawem oznaczonego stopnia.

Ściśléj biorąc, odróżnienie to nie jest istotnem, bo wzgląd przy wymiarze kary, brać można tylko na jakość i naturę przeszkody stawionéj zaborowi, co nie jest zawisłem od kształtu zewnętrznego zachowania. Ponieważ użycie kluczy ma nastąpić w celu otworzenia, zyskania przystępu do rzeczy mającéj być zabraną, koniecznem więc jest by zamknięcie rzeczywiście nastąpiło. Wymaganie to tylko przy kradzieży tego rodzaju może być stawianem, bo otworzenie dzieje się w miejscu samego zamknięcia, gdy zaś zamknięcie nie istniało, tam o otworzeniu niewłaściwemi kluczami nie może być mowy. I pod tym względem nie nazwiemy szczęśliwem wyrażenia prawa bawarskiego, iż użycie klucza ma być przeciwprawne, jestto wyrażenie tak ogólne, że obejmuje nawet wypadek, gdy w zamku został pozostawiony, a przecież w tym razie, zamknięcia uznać nie podobna. Zresztą, kodex wzmiankowany oprócz wady na innem miejscu wytkniętéj przy uzupełnieniu go późniejszemi reskryptami, żadnéj nie przedstawia wątpliwości i zupełnie jest zgodny z wymaganiami nauki. Można mu zarzucić tylko zbytną kazuistykę. Gdy tymczasem ogólne postanowienie prawa pruskiego § 218 i 224, jest rzeczywiście godnem naśladowania; po wyliczeniu przykładowem tak zwanych narzędzi złodziejskich, dodaje: „i inne do zamku nie przeznaczone.“ Podobnie wyraża się także Code Pénal, art. 398. Przepis prawa austryackiego już znamy. Wreszcie kodex nasz z 1847 r. w art. 1151 mówi o kluczach, witrychach, gwoździach i innych narzędziach, nie zna więc terminu ogólnego, równie jak prawo bawarskie, choć z drugiéj strony mniéj jest szczegółowy. Uważa kradzież taką za cięższą w czem zgadza się z poprzednio przyto-

czonemi i przyrównywa ją w karygodności do wewnątrznego włamania. Podwyższonej karze ulegają ślusarze jako mający ułatwionem dokonanie przez posiadanie doboru kluczy i witrychów. Nastręcza się wątpliwość ze względu na postanowienie Ustawy Gminnéj, w art. 785 ustępie 5ym, gdzie wyjęte są z pod atrybucyi Sądów Gminnych, jedynie wypadki włamania. Czy odnosi się to i do kradzieży podstępnéj, gdy wartość przedmiotu 15 rsr. nie przechodzi? Odpowiedzieć wypada przecząco: 1) co do wejścia niewłaściwym otworem; wątpliwość usuniętą jest na korzyść podsądnego przez to iż kodex wejście między okolicznościami obciążającemi wylicza, a przy kradzieży prostéj wzgląd na wartość wedle naszego prawodawstwa jest stanowczym; 2) co do fałszywych kluczy; pominięcia nie można tu uważać jako skutek zapomnienia, skoro prawo mówi o oderwaniu zamków; gdyby chciało i otworzenie ich podstępne objąć, byłoby bez wątpienia wyraźnie co do tego się oświadczyło; skoro co do gwałtu mówi o wysadzeniu, odbiciu, podkopaniu, wrąbaniu i wwierceniu. Zresztą kodex jak zauważyliśmy, szczególniéj surowo przeciwko gwałtowi występuje, podstęp traktuje łagodniéj, analogiczne przepisu rozciąganie nad zakres, wydaje nam się zamiarowi prawa przeciwnem. Praktyka innego jest zdania.

Jest jeszcze jeden rodzaj podstępnéj kradzieży, dokonanéj przez wejście za przybraniem fałszywego tytułu, orderów, munduru i tym podobnych oznak. Art. 1157 naszego kodexu przyrównywa tu zamaskowanie się, zdaniem naszem mniéj właściwie. Bo co innego jest zawłaszczenie attrybucyi władz, i skutkiem takiego podstępu uczynienie niepodobnym oporu ze strony poszkodowanego przy spełnieniu kradzieży, a co innego zakrycie rysów twarzy dla zabezpieczenia się od poznania osoby sprawcy. Wytłomaczyć to można chyba, jako odwet ze strony prawodawcy za trudność w odkryciu sprawcy. Artykuł 1158 przewiduje wypadek gdy złodziéj podając się za znajomego,

w ten sposób wstęp zyskuje. We wszystkich tych wypadkach ma miejsce kradzież prosta, przy któréj sposób spełnienia otrzymuje znaczenie okoliczności obciążającéj. Przepis podobny do art. 1157 K. K. znajdujemy tylko w art. 381 ustępie 4ym kodexu francuzkiego.

§ IV. *Kradzież pakunków podróżnym z dyliżansów na drodze publicznéj sposobem gwałtownym lub podstępnym.* Mówiliśmy o kradzieży rzeczy z zachowania lub z zabudowania, dyliżans nie jest jednem ani drugiem. Służy on jako środek transportu osob które mieści w sobie, i możnaby powiedzieć że jest dla nich zachowaniem, gdy jest zamknięty. Ale dla rzeczy podróżnych jest on tylko środkiem transportu i niczém więcéj. Rzeczy są przywiązane wprawdzié sznurami lub połączone zamkiem, ale zamknięcia uznać tu nie można, bo niema on celu strzedz rzeczy przed zaborem, zabezpiecza jedynie przeciwko wypadnięciu. Gwałtowność i podstęp nie przedstawiają się już w tak surowéj formie i nie mogłyby nawet być powodem uznania kradzieży za wyróżnioną, gdyby nie okoliczność spełnienia kradzieży na drodze publicznéj. Państwu wiele zależeć musi na tém: by drogi stanowiące ogniwa cywilizacyi i handlu, a do utrzymania których tak wielkich kapitałów potrzeba, odpowiadały swojemu przeznaczeniu. Bezpieczeństwo ich szczególnym przeto staraniem otoczyć, a więc i pod względem karnym, wyższéj im obrony prawnéj użyczyć wypada, w wypadkach w których bezpieczeństwo to dokonaniem zaboru transportowanych rzeczy jest zagrożone, a nawet zanegowane. Przedmiotem kradzieży jest pakunek który podróżny z sobą wiezie, lub furman przewozi. Miejscem, droga lądowa lub wodna, bądź w punkcie wyjścia transportu, bądź też w ciągu takowego. Sposobem dokonania gwałtu, oderznięcie wiązania pakunek trzymającego lub użycie kluczy. Ostatni wypadek bardzo ostrożnie należy traktować, i baczyć, czy w danym razie dyliżans nie był zachowaniem. Wdarcie się nie ma tu żadnego znaczenia,

kradzież mimo to prostą pozostaje. Kodex bawarski widzi w tém okoliczność obciążającą kradzieży prostéj, a prawo z 1816 r. artykuł 2gi mówi o zaborze pakunków na drogach bez względu na sposób dokonania. Przeciwnie kodex austryacki uważa kradzież cięższą bez względu na wartość przy spełnieniu jéj na kolejach, statkach i telegrafach. Prędzéj już na pierwsze zgodzićby się można, gdy sposób dokonania jest prosty, pozostaje tylko miejsce spełnienia, droga publiczna, będąca bezspornie okolicznością czynu. Robimy jednak odrożnienie co do sposobu dokonania i gdy ten jest gwałtowny lub podstępny, uznajemy, że spełniono kradzież cięższą. Inne odróżnienie wprowadza nasz kodex w art. 1154 i 1155 co do tego, czy środek transportu był przed rząd, stowarzyszenia lub osoby prywatne stale zaprowadzonym, czy też prosto prywatnym. W pierwszym razie kara surowsza. Wzgląd to dość słuszny; szło tu o uprzywilejowanie środków transportu stale do kommunikacyi dla ogółu przeznaczonych. Najwłaściwszym i najbardziéj zgodnym z zasadami tu wystawionemi jest przepis prawa pruskiego w art. 218 ustępie 4ym zawarty, zarzucić mu można tylko zbytnią obszerność. Code Pénal nie przewiduje wcale tego wypadku. Zdaniem Koestlina rozbieranie go zbytniéj kazuistyki dowodzi. Na to się nie zgodzimy, zbyt częste wydarzanie się czyni go ważnym i uwzględnić każe w kodexach choć pod ogólniejszą normą. Teorya zatem pomijać go nie powinna mając udzielać wskazówek praktyce.

Kradzież niebezpieczna.

Pod tą nazwą obejmujemy wypadki które za cięższe uważać musimy, dlatego tylko, że okoliczności spełnieniu czynu towarzyszące, zbiegiem swym szczególną ważność zyskują. Należy tu najprzód:

§ 1. *Kradzież zbrojna.* Nazwa ta wiązać nie powinna,

wyraża ona, iż sprawca kradzieży przy spełnieniu jéj ma być uzbrojonym, broń w ścisłem wyrazu tego znaczeniu nie jest konieczną Tak w kodexie jak i w teoryi rozszerzono zakres kradzieży zbrojnéj, przez wymienienie obok broni właściwéj i innych jeszcze narzędzi różnie określanych co do ich natury. Co do znaczenia i powodu wyższéj karygodności kradzieży tego rodzaju, trzy odróżnić można systemata: 1) System czysto-przedmiotowy, który szczególną uwagę zwraca na niebezpieczeństwo dla okradzionego; 2) System podmiotowy ze względem na to, iż sprawca przygotowany jest na wypadek spotkania do gwałtu, lub oporu przynajmniéj; 3) System również podmiotowy, ale ze względem na przestrach okradzionego, powodujący w razie spotkania niezdolność do jakiegobądź oporu. Zdawałoby się, iż zaliczając kradzież zbrojną do niebezpiecznych zgodzić się musimy na pierwszy systemat, tem bardziéj, że jest on przyjęty przez ogół kodexów. Ma on przecież wadę zasadniczą, którą poznamy rozbierając granicę między kradzieżą zbrojną, a rabunkiem. Broń przy kradzieży jak zwróciliśmy uwagę, ma znaczenie tylko okoliczności nie zaś sposobu dokonania. Gdy służy za narzędzie gwałtu na rzeczach, wytwarza kradzież gwałtowną, gdy jest użytą do gwałtu przeciwko osobie, zmienia całkiem istotę kradzieży na rabunek. Rabunek istnieje gdy gwałt jest dokonanym na osobie w celu zaboru rzeczy, równe znaczenie mają zagrożenia, tojest gwałt moralny. Wobec tego jakże mówić o niebezpieczeństwie rzeczywistem, przedmiotowem grożącem okradzionemu i nazywać to kradzieżą? Nie, tego ani prawodawstwa ani komentatorowie ich nie mieli na myśli; uwzględniają tylko niebezpieczeństwo idealne, złe grozić mogące. Ale odpowiadamy na to, że tego nie dosyć, by kradzież uznać cięższą. Okoliczność, że wydarzyć się może złe idealne, nie jest tak ważną, by aż osobny rodzaj kradzieży stanowić miała. Z tego względu wpływ jedynie obciążający winę, przyznanym być może, i to jeszcze z tym warunkiem że spotkanie było możliwem i łatwem do przewi-

dzenia. Konsekwentnie wypadałoby wedle tego systematu nie uznać cięższéj kradzieży, gdy przy spotkaniu złodziéj zamiast napadać lub opierać się, ucieka lub prosi o litość. Byłoby to konsekwentne bo przed rzeczywistością domniemanie ustąpić winno.

Odpowiednio jednak do tego systematu oznaczono pojęcie broni, z którem wszędzie się spotykamy: a mianowicie, że rozumieć pod nią należy wszelkie narzędzie którem życiu lub zdrowiu cios zadać można I pod tym względem z systematem przedmiotowym w zupełności się zgadzamy.

Podobną wadę ma trzeci system podmiotowy, a nawet wada ta w wyższym stopniu istnieje. Przestrach bowiem rzeczywisty, domniemywa zawsze, że musiało być spotkanie, a w takim razie jest niepodobieństwem odróżnienie go od gwałtu psychicznego powstałego skutkiem zagrożeń. Jeśli zaś mówimy o przestrachu jako rzeczy mogącéj się wydarzyć, to za bardzo daleko w sferę idealną posuniemy się, znamionując kradzież jako cięższą z tego jedynie powodu, iż sprawca miał przy sobie broń która *mogłaby* w danym razie mieć znaczenie *urojonego niebezpieczeństwa*.

Niebezpieczeństwo które ktoś wyobraża sobie tylko, ma znaczenie tam, gdzie idzie o utprawiedliwienie koniecznéj obrony. Taki też systemat nigdy jako samoistny utrzymać się nie jest w stanie. Dodaje on do pojęcia broni cechę szczególną, tojest, że ma ona być widoczną nie zaś ukrytą. Pozostaje nam wreszcie system podmiotowego ocenienia ze względu na zamiar sprawcy dopuszczenia się gwałtu lub oporu. Jest on nader słusznym w zasadzie, ale zarzucają mu iż stawia za normę wyższéj karygodności to co jest trudnem, a czasami niepodobnem nawet do ustanowienia. Zdaje nam się, iż tylko przez połączenie ostatniego systematu z przedmiotowym możemy zyskać realną podstawę dla ocenienia: czy istnieje kwestyonowana okoliczność tojest broń jako narzędzie gwałtu, lub oporu. I ten system wprowadza nowy element do pojęcia broni, tojest obejmuje pod tym wyrazem

wszelkie narzędzie któremu nadać można przeznaczenie odpowiednie zamiarowi złodzieja.

Łącząc dwa systemata przyjmujemy zarazem to co one jako cechy charakterystyczne broni podają.

Z naszéj strony bliżéj pojęcie, tu wyjaśnimy. Narzędzie ma być zdolne do zrządzenia uszkodzenia, nie jest jednak koniecznem uszkodzenie znaczniejsze o jakiem mówi Code Pénal. Większe lub mniejsze niebezpieczeństwo w użyciu narzędzi spoczywające, jest zresztą zależne od indywidualności sprawcy, z góry zatem określić się nie da. Obojętnem jest także czy narzędzie wymaga uzdolnienia w użyciu. Kto nie umie strzelać z dubeltówki, może użyć jéj jako narzędzia do uderzenia. Również wzgląd na siłę złodzieja branym być nie może, bo tak jedno jak i drugie nie wyklucza ani przedmiotu winy, ani przedmiotu niebezpieczeństwa. Ze względu na miarę podmiotowego przewinienia, musimy stawić jako wymaganie bezwarunkowe, by złodziéj umyślnie z bronią wybrał się na spełnienie kradzieży, lub przynajmniéj świadomym był tego że ma ją przy sobie i że w każdej chwili użyć jéj jest mocen. Bez tego o kradzieży cięższéj mówić nie mielibyśmy prawa. Sprawca bardzo często ma przy sobie broń wziętą wypadkowym sposobem, lub noszoną w innym celu, nie zaś dla dokonania kradzieży. Ostatni wypadek istnieje naprzykład gdy żołnierz, rzeźnik i t. p., dopuszcza się kradzieży. Jakże tu powiedzieć, że kradzież jest cięższą, gdy niema żadnéj zasady obciążającéj nawet winę ani z przedmiotowéj ani z podmiotowéj strony. Że sprawca nie miał zamiaru dopuszczenia się gwałtu, lub stawienia uporu jest rzeczą widoczną, nawet idealne zagrożenie bezpieczéństwa okradzionego znacznie maleje, gdy zważymy że posiadający broń, może nawet nie pomyśleć o tém, że ją ma przy sobie, a tém bardziéj o jej użyciu. Inaczéj się rzecz ma z wypadkiem, gdy złodziéj wchodzi do miejsca gwałtownym sposobem wraz z narzędziami, któremi gwałtu na rzeczach dokonał. Narzędzia tego rodzaju często mogą być odpowiedniemi i do do-

konania gwałtu na osobie, a przynajmniéj dostawiania oporu, ze względu więc przedmiotowego niema przeszkody nazwania ich bronią. Po dokonaniu zaś gwałtu na rzeczach, jeśli zostały wzięte daléj, i sprawca je miał przy zaborze, to nie można takiego faktu nazwać nieumyślnym lub nieświadomym. Świadomość zaś posiadania broni i możność użycia jéj wystarcza by kradzież cięższą uczynić. W związku z umyślnością znajduje się zamiar złodzieja w przywiezieniu broni, jak napomknęliśmy już odnoszący się do pokonania oporu na wypadek spotkania. Zamiar taki jako skierowany na możliwe wydarzenie, w którem złodziéj byłby zmuszony napadać, lub bronić się: nazwany został zamiarem ewentualnym, nie jest tu istotnym ale przyzwolonym tylko. Dlatego to właśnie wpływ na istotę przestępstwa modyfikujący jedynie mu przyznajemy, mianowicie zaś gdy spotkanie z okradzionym miejsca nie miało, a tém samém zamiar złodzieja ujawniać się nie potrzebował. Zamiar jednak ma wielką ważność w kradzieży zbrojnéj on to właśnie rozstrzyga i pytanie, jakie narzędzie bronią nazwać wypada, on również wypełnia pojęcie umyślności w posiadaniu broni. Przecież istotne pojęcie zamiaru w tém głównie spoczywa, iż on, dowodząc śmiałości złodzieja, jest właściwą miarą winy i powodem wyższéj karygodności. Śmiałość tu widoczna w tém, że złodziej nie szuka wprawdzie spotkania z okradzionym, ale go też nie unika. W śmiałości téj dopatrują pokrewieństwa kradzieży zbrojnéj z gwałtowną i podstępną.

Zwrócimy uwagę teraz, na chwilę i miejsce, w któréj uzbrojenie nastąpić winno. Co do rozstrzygnięcia téj kwestyi jest wątpliwość i różnica między prawodawstwami, rozjaśni się ona jednak bardzo łatwo, skoro zważymy, że uzbrojenie ma być okolicznością zaborowi towarzyszącą i ma nastąpić umyślnie, a przynajmniej świadomie. Pierwsze, wskazuje na to, by złodziéj był w chwili dokonywania zaboru uzbrojonym, ale tego nie dosyć, choć niektóre prawodaw-

stwa, tém się zadawalają. Drugi wzgląd każe nam przychylić się do zdania, które wymaga, by złodziéj uzbroił się wychodząc na kradzież, znalezienie zaś broni na miejscu spełnienia czynu, wyróżnia cechę wyróżniającą, kradzieży zbrojnéj. Tém bardziéj zaś pochwycenie jéj po dokonaniu samego zaboru. Zastrzeżenie przecież zrobić należy na ten wypadek, że złodziéj znalezienie broni na miejscu przewiduje, naprzykład, w zamiarze ewentualnego użycia jéj przeciwko okradzionemu. Odrzucenie broni po dokonaniu zaboru, jak i wszelka oznaka że sprawca porzucił zamiar użycia broni, jako zaszłe już po spełnionem przestępstwie, wpływu łagodzącego wywierać nie powinno. Okoliczność posiadania broni obok zamiaru ewentualnego jéj użycia, łatwo doprowadzić może do gwałtu lub zagrożeń na osobie, w razie spotkania z okradzionym. Czy i w jakich wypadkach istota przestępstwa zmienia się w zupełności tworząc rabunek? Naszem zdaniem jakkolwiek sprzecznem z tem, które Schwartze wyraził, rozstrzygający jest charakter w jakim występuje złodziéj przy użyciu broni, czy jest napadniętym czy też opór tylko stawia. O napadzie w takim razie mówić możemy, gdy zabór jeszcze dokonanym nie został, gdy rzecz pozostaje we władaniu okradzionego i idzie dopiero o gwałtowne jéj wydarcie. Tu bez wątpienia rabunek istnieje i my też bynajmniéj istnienia go niekwestyonujemy. Inaczéj jednak rzecz się ma, gdy napadniętym jest złodziéj, który już rzecz pochwycił. Tu występuje on już jako broniący rzeczy zabranéj, którą unieść pragnie lub osoby swej, którą chce przed zatrzymaniem zasłonić. I co do ostatniego również wątpliwości niema, i zgadzają się wszyscy, że niepodobna dopatrzyć żadnéj z zaborem styczności, że jakkolwiek gwałt został dokonanym na osobie to przecież istoty przestępstwa spełnionego, *ex post* zmieniać nie może. Dziwnem jednak wydać się musi, że tak racyonalne zapatrywanie się, konsekwentnie przeprowadzonem nie zostało, że nie

przeprowadzono go jedném słowem do obrony już pochwyconéj rzeczy. Wszakże powiedzieliśmy to już, i zdaniem to jest ogólnie przez naukę przyjętem, że zabór polega na objęciu posiadania; skoro to nastąpiło zabór jest w zupełności dokonanym. Dlaczego nie stosować pobudki że okoliczność po spełnieniu nastąpiona *ex post* istoty przestępstwa zmieniać nie może. Naprzeciw tego, wystawiają prawodawcy, pojęcie gorącego uczynku zkądinąd krytykowane jako zbyt obszerne i zdaje im się, że już dostatecznie obroniły się przeciwko zarzutowi sprzeczności z wystawioną przez się istotą kradzieży. Lecz albo uznać należy, że uniesienie stanowi składową część zaboru, albo powiedzieć że w rozbieranym wypadku kradzież tylko w zbiegu z gwałtem na osobie, nie zaś rabunek ma miejsce; obok siebie zaś w żaden sposób pojęcia te pogodzić się nie dają. Zresztą powstanie tu massa wątpliwości, naprzykład gdy złodziéj rzecz ukrył przy sobie, co jest rzeczą zwykłą, czy naówczas broni swéj osoby, czy rzeczy czy obojgu razem? Schwartze broni jeszcze w inny sposób swego zdania, uważa on, że dolus ewentualny złodzieja, użycia gwałtu, łączy gwałt z aktem kradzieży. Jest tu jednak *Contradictio in adjecto*; bo jeżeli zamiar jest ewentualnym, to nie może służyć do połączenia dwóch faktów, między któremi w samym zamiarze niema łączności istotnéj. A jednak prócz francuzkiego mamy przeciwko sobie wszystkie kodexy. I tak austryacki, bawarski 1813 r. bawarski 1861 r. uznają zbieg przestępstw wtedy tylko, gdy gwałt dla zabezpieczenia osoby miał miejsce. Właściwiéj już postanowił kodex pruski 1851 roku, który w § 230 powiada: że spotkany na gorącym uczynku kradzieży, gdy dopuszcza się gwałtu, by utrzymać się w posiadaniu skradzionych przedmiotów, będzie uważany na równi z rabusiem. To dowodzi, czyn podobny że w pojęciu prawodawcy nie jest z rabunkiem, ale tylko porównany w karygodności do tego przestępstwa. Nasz kodex nie przewiduje tego wypadku. Nie bacząc więc na zbyt obszerne z in-

nych względów pojęcia rabunku, możemy zgodnie z definicyą kradzieży, wedle prawa naszego, uznać tu tylko kradzież cięższą i nic więcéj.

Co do natury narzędzia jako broń uważanego, kodex austryacki, bawarski i nasz, mówią o tych, które osobistości zagrażają uszkodzeniem zdrowia lub o śmierć przyprawić mogą. Code Pénal mówi o ukrytéj broni i widocznéj, nie robiąc słusznie żadnéj między różnicy, bo to na miarę przewinienia nie wpływa. Pruski żadnego bliższego określenia nie zawiera. Wszystkie one prócz bawarskiego, nie odróżniają zupełnie chwili w któréj ma nastąpić uzbrojenie, uwzględniając jedynie rzeczywistość posiadania jéj przy zaborze. Bawarski wymaga zaopatrzenia się w broń, nim sprawca stanie na miejscu kradzieży. Określa on równie jak i austryacki cel, a właściwie zamiar uzbrojenia, tojest przygotowanie się do oporu. Tego nie znajdujemy w innych kodexach zacytowanych, a jednak z samego posiadania broni, domniemanie zamiaru nie da się wyprowadzić. Jestto uchybienie tém ważniejsze że zamiar jest tu najbardziéj stanowczą okolicznością co do karygodności czynu. Wszystkie wreszcie kodexy jednozgodnie kradzież zbrojną jako cięższą uważają i okolicznościom czynu przypisują znaczenie wpływowe na istotę przestępstwa. W czem leży tego zasada? Wskazaliśmy, że nią jest wielkość podmiotowego przewinienia, kodex nasz dodaje do tego przedmiotowe niebezpieczeństwo okradzionego. Żaden z nich jednak nieogranicza kradzieży zbrojnej do zabudowania zamieszkanego, i sprawiedliwie, spotkanie bowiem zarówno jest możliwem i przewidywanem w takiem zabudowanie, jak i przy kradzieży, w polu naprzykład, spełnionéj. Ustawa Gminna wyjmuje czyn bez względu na wartość z pod juryzdykcyi Sądów Gminnych. Art. 785 téj Ustawy ustęp 2^{gi}, mówi o uzbrojeniu przestępców w oręż lub kije.

Kradzież dokonana przez kilku za poprzednią zmową lub przez bandę.

Powód karygodności wyższéj, jest taki sam co i w poprzednio rozbieranéj kradzieży, dlatego również do niebezpiecznych ją zaliczamy. Zjednoczenie się, zmowa uprzednia, pomnażając środki spełnienia, pomnaża zarazem niebezpieczeństwo i rodzi domniemanie gwałtu, dosyć usprawiedliwione. Towarzystwo jedną myślą i zamiarem ożywionych osób, jak z jednéj strony wzmacnia śmiałość każdego z przestępców, tak z drugiéj strony odbijając się w rzeczywistości, budzi obawę o spokojne posiadanie dóbr nabytych. Wtedy jednak mamy zasadę do mówienia o śmiałości lub obawie szczególnéj, gdy wspólnicy są obecni przy spełnieniu czynu. Ci bowiem których okradziony nie widzi, niebezpiecznemi wydawać mu się nie mogą. I tojest pierwsze nasze wymaganie, ponieważ wymagamy zmowy, by czyn nazwać niebezpiecznym, musimy też konsekwentnie na to się zgodzić, że działanie sprawców jednomyślnem i zmowie odpowiedniem być powinno. Nie zapominajmy przytem o istocie przestępstwa kradzieży, stosując zasady ogólne teoryi. To nam posłuży do rozwiązania z łatwością kwestyi, co do ograniczenia pojęcia wspolnictwa. Teorya stawia zasady, że poza obrębem wspólników, czy współsprawców pozostają pomocnicy, których działalność tyczy się czynności przygotowujących przestępstwo. Tacy tu należyć nie mogą, bo ich działanie znaczenia przez nas określonego nie posiada, pomocnicy nie ośmielają sprawcy, nie zagrażają też tak bardzo bezpieczeństwu ogólnemu. Sprawcą bezpośrednim będzie tu ten tylko, który rzecz cudzą, z cudzego władania zabiera i do nich to właśnie pojęcie o wspólnictwie się odnosi. Czy przecież sama zmowa i obecność dwóch lub więcéj osób przy dokonaniu może być dostatecznym powodem do uznania kradzieży za cięższą? Jak powiedzieliśmy, okoliczności czynu,

natury jego zmienić nie mogą, dostateczny jest dla nich wpływ obciążający lub łagodzący. Muszą być szczególnéj wagi by kradzieży nadać cechę wyróżniającą, tutaj zaś trzeba zagrożenia bezpieczeństwa ogólnegó, któreby nie idealnem, ale rzeczywistem było, a więc w stópniu pozwalającym na uważanie okoliczności czynu za osóbne przestępstwo. To ma miejsce dopiero przy dokonaniu kradzieży przez bandę. Co jest banda, znajdujemy określenie w teoryi i niektórych kodexach mieszczących kary za samo utworzenie bandy, jak nasz naprzykład. Tu mamy na myśli bandę zawiązaną w celu dokonywania kradzieży w ogóle, co do szczegółów jednak nieoznaczonych jeszcze i uznajemy, że tu jest dopiero zasada do wymierzenia surowszéj kary, a zmowę i wspólnictwo za niedostateczne uważamy. Bez wątpienia, nie dla liczby osób wchodzących, bo odróżnienie takie ustanowićby się nie dało; nie dla sposobu dokonania, bo ten najprostszym być może: nie dla liczby kradzieży już spełnionych, bo kara wyższa wymierza się na zatrzymanych już po téj kradzieży. Powód istotny leży raczéj w postanowieniu osób bandę składających, iż trudnić się mają spełnianiem kradzieży jako rzemiosłem, a tém samém w niebezpieczeństwie rodzącem się ztąd i to niebezpieczeństwie rzeczywistem dla własności. Członkowie bandy wtedy karze ulegają za kradzież cięższą gdy mieli udział w czynie będącym przedmiotem rozpoznania sądowego. Samo uczestnictwo w kradzieży przez bandę dokonanéj, bez przyłączenia się do niéj, nie wystarcza, albowiem podmiotowa i przedmiotowa strona przestępstwa zarówno do wypełnienia jego istoty są koniecznemi. Świadomość zaś o połączeniu się współsprawców w bandę, nie zastąpi braku wyraźnego objawu woli przestępnéj, który tu jest główną wyższéj karygodności pobudką. Najzgodniejsze z tem jest postanowienie novelli bawarskiéj z 1816 r. uważające wspólnictwo przy kradzieży za okoliczność obciążającą, za cięższą zaś, kradzież przez bandę dokonaną, (artykuł II i IV). Podobnie stanowi prawo pru-

skie w § 217, ustępie 6ym, mówiąc o wspólnictwie, zaś w § 218, ustępie 7ym, o połączeniu się dwóch lub więcéj osób do popełnienia rabunków i kradzieży. Niema wątpliwości że mowa tu o bandzie. Po części idzie za niemi kodex obowiązujący, ale w tém tylko, że wyróżnia kradzież przez bandę, od kradzieży w prostem wspolnictwie dokonanéj i pierwszą za przestępstwo cięższe, drugą zaś za okoliczność obciążającą uznaje. W artykule jednak 1148, niewłaściwie wyróżnia odpowiedzialność hersztów i innych uczestników, odstępując zbyt daleko od zasad części ogólnéj i pierwszych dotyka karę główną, na ostatnich stanowi karę poprawczą, chociaż o wiele surowszą od naznaczonéj za inne cięższe kradzieże. Nadmienić wypada, iż samo utworzenie bandy już kodex nasz jako osobne przestępstwo traktuje, czego w poprzednio wzmiankowanych kodexach nie znajdujemy. Przeciwnie nadzwyczaj małą wagę kodex do wspólnictwa przy kradzieży gwałtownéj nawet przywiązuje, wskazując w artykule 1159, ustępie Iym, podniesienie kary jedynie do najwyższego zakresu, postanowienie to słusznie zadziwia nas ze względu na traktowanie innych okoliczności obciążających w art. 1167. Bardziéj jednak uderza drugi ustęp tegoż artykułu, który na wypadek gdy włamanie zbrojne nastąpiło, każe czyn jako rabunek uważać. Kodexy francuzki i austryacki, równie jak i nasz z roku 1818 mówią tylko o spełnieniu kradzieży przez dwie lub więcéj osób. Osobne przepisy o zaborze rzeczy z pod urzędowego zachowania, równie jak i tyczące zaboru dokumentów pomieszczone są w art. 1162—1167 naszego kodexu są zbyteczne. Traktowanie ich odmienne naszém zdaniem niczem uzasadnić się nie da, dlatego zajmować się niemi nie będziemy.

Kradzież powtórzona i zbieg kilku kradzieży.

Ogólna teorya prawa karnego, odrzuca powtarzanie, jako

powód podwyższenia kary, przejęte z praktyki prawodawstw najdawniejszych. Czyni to z zasady sprawiedliwości, by dwukrotnie za czyn jeden nie karać. Rzeczywiście jestto wielką niekonsekwencyą stawiać karę mającą równoważyć, a więc zatrzeć winę i mówić zarazem o odnowieniu się winy. A jednak mimo niekonsekwentności, wszystkie kodexy upatrują w powtórzeniu przestępstwa, przynajmniéj tegoż samego rodzaju okoliczność obciążającą, jeśli już nie zmieniającą naturę czynu ostatnio spełnionego. Kwestya ta ma przy kradzieży tem większe znaczenie, już dlatego że pojęcie powtarzania, zrodziło się ze względu na to przestępstwo i że istotnie przy kradzieży, potrzeba stosowania przepisów o powtarzaniu, najwięcéj się wydarza. Skoro z postępem czasu rozciągnięto przepisy te do innych przestępstw, naturalnie przy kradzieży szczególny musiano im nadać charakter. Mówią, że powtarzanie *dowodzi* skłonności przestępnéj, a więc wymaga kary surowszéj i tojest główne a zarazem jedyne usprawiedliwienie. Zgadzamy się na to, ale z tą zmianą jedynie, iż w miejsce wyrazu dowodzi, użyjemy wyrazów *domniemywać pozwala*, domniemanie nie jest pewnością i w prawie karnem pozostaje bez znaczenia. Okoliczność istnienia skłonności przestępnéj wymaga osobnego ustanowienia. Przy kradzieży zaś z tém ją tylko przyjmujemy warunkiem, że rozumieć przez nią będziemy, zajmowanie się kradzieżą jako rzemiosłem. Powód surowszego traktowania tu kwestyonowanym być nie może, leży on w wyższym stopniu podmiotowego przewinienia; w zaprzeczaniu własności czynami przeciwnemi jéj jako zasadzie, porządkowi ustalonemu. Zajmowanie się zaś kradzieżą w ten sposób, nie koniecznie ujawnia się w powtarzaniu, o jakiém mówią kodexy; wzgląd na skazanie lub odcierpienie kary, jest obojętnym. Bez wątpienia dowód takiéj okoliczności jest trudnym, nie można go przecież nazwać nie podobnym, a tém bardziéj karać za to przestępcę. Cięższa karygodność powtarzania wyraża myśl słuszną, ale ją pojąć należy nie

zaś określać w sposób, któryby wykazywał znaczenie téj myśli i czynił ją niesprawiedliwą. Zajmiemy się jednak powtarzaniem, przez wzgląd na kodex nasz i jego szczególne przepisy. Miarodawczym jest tu artykuł 1168, który stanowi, że na wypadek gdy złodziéj przychodzi po raz drugi, trzeci i t. d. po ukaranie, to ulega on karze za powtarzanie kradzieży téj, która z pomiędzy spełnionych przezeń dawniéj lub obecnie jest najważniejszą. Trudno dopatrzyć jakiéjkolwiek zasady w takiem postanowieniu, wedle którego odpowiedzialność za czyn dokonany, nigdy się nie umarza, aż po śmierci chyba złodzieja cywilnéj lub naturalnéj. Jest to niesprawiedliwem, ale prócz tego sprzecznem jest z zasadami nawet polityki prawodawczéj, bo złodziéj gdy spełnił w przeszłości już jedną kradzież cięższą, nie będzie zważał na przeszkody zaborowi postawione, wiedząc że sankcya karna niczem nie broni przeciwko niemu właściciela dbałego o zachowanie swego dobra. Zdaje się, iż prawo miało na myśli usunięcie jak najwcześniejsze niebezpiecznych w rozumieniu swem przestępców, przez zbliżenie kary im grożącéj do pozbawienia wszelkich praw i zesłania na osiedlenie w Syberyi, na czem w rezultacie kończy się wszelkie powtarzanie kradzieży. Postanowienie takie jednak, jest zupełnie przeciwnem temu, co kodex w ogólnéj części mówi o powtarzaniu, gdzie przynajmniéj pozory słuszności ma za sobą. Ustawa Gminna w art. 785 ustęp IIgi zawiera także przepis o powtarzaniu, wedle którego dopuszczający się po raz trzeci kradzieży prostéj, 15 rubli nieprzenoszącéj, ulega odpowiedzialności z kodexu. Ze względu na Ustawę Gminną powstała trudność jak uważać spełnienia kradzieży do tej Ustawy odnoszącéj się w tym razie, gdy dokonanie kradzieży przenoszącéj 15 rsr. karę główną za sobą pociąga. Jestto kwestya praktyczna, ale wielkiéj doniosłości. Odpowiedź na nią jest w tém, czy dwukrotna karalność z kodexu ma dla Sądów Gminnych takie znaczenie, jak karalność z Ustawy

Gminnéj? Otóż naszem zdaniem art. 783 Ustawy Gminnéj odnosi się do wypadków kradzieży, których natura zewnętrzna przez wartość wyrażona (nietrafnie), skłoniła prawodawcę do nazwania ich wykroczeniami przeciwko własności i łagodniejszego traktowania. Czyn taki powtórzony kilkakrotnie, pozwala domniemywać (wedle Ustawy *dowodzi*), że sprawca zna dokładnie stopień jego bezprawności i dlatego dotykamy go karą kodexową. Gdy czyn taki następuje po kradzieży kodexowéj, położenie jest takie same, jak gdyby czyn spełniony był po raz pierwszy. Zresztą trudność ta w praktyce rozstrzyganą jest najsłuszniéj w Sądach Gminnych, które nie pytają się czy złodziéj był karany z kodexu, zważają tylko na poprzednią karalność z Ustawy Gminnéj. Przeciwnie postępują Sądy właściwe karne, które wymierzają w takich razach bez skrupułu karę główną. Jak wytłumaczyć sprzeczność tę wyrzeczeń dwóch instytucyi sądowych, chyba że tojest szczęście złodzieja, jak kradzież w Gminie popełni i przez Sąd Gminny będzie karany. Zdaje się jednak, iż to wszystko przeciwko zdaniu przeciwnemu oświadczyć się każe. Powtarzanie wedle kodexu ma miejsce tylko co do kradzieży. Rabunek jakkolwiek wszystkie jéj cechy w sobie zawiera, ani sam nie skutkuje powtarzania przy kradzieży, ani też odwrotnie kradzież poprzednio spełniona niema takiego nań wpływu. Kradzież więc tylko, i to kradzież dokonana, nie zaś udział w takowéj lub ukrywanie jest przewidziana w art. 1168 Kodexu Karnego. Zupełnie odmienny jest sposób traktowania w prawie bawarskiem, które uważa powtarzanie jako obciążającą okoliczność, przy spełnieniu przestępstwa tegoż samego rodzaju. Osobnych co do kradzieży nie mieści przepisów, również jak i Code Pénal odsyłający do części ogólnéj. Ostatni jednak przy powtarzaniu znacznie jest surowszy, nie poprzestaje bowiem na podwyższeniu kary w zakresie, ale zmienia rodzaj takowéj. Kodexy pruski i austryacki odmiennie mówią o powtarzaniu kradzieży, nie o wiele jednak karę podnoszą. Do powta-

rzania wymagają dwukrotnego skazania poprzedniego. Różnią się zaś tém, że pruski na równi uważa rabunek, którego austryacki nie przyjmuje. Dwukrotne skazanie jest już większem ograniczeniem, ale choćby nawet trzykrotnie wymaganém było, jak w kodexie 1818 roku, to i tąk wyrazić a tém bardziéj zastąpić nie zdoła tego, co istotę rzeczy stanowi i co rzeczywiście do podwyższenia kary w zakresie upoważnia, tojest trudnienia się kradzieżą jako rzemiosłem. Poprzednie skazanie żadnego z tém niema związku; podwyższona kara, dotyka formę cięższéj winy, bardzo często wątpliwą, nie zaś samą winę. Trudnienie się kradzieżą jako rzemiosłem, może przedstawiać się w formie zbiegu kilku kradzieży, który także bezwarunkowo okoliczności téj nie wyraża. Zbieg kradzieży i w innym a nawet w zwykłem znaczeniu przedstawia się, mianowicie, bez połączenia wszystkich tych kradzieży jedną myślą ogólną, zbieg taki ma tylko przedmiotowe znaczenie wielości przestępstw. Tu, zasady ogólnéj teoryi stanowią. Podobnie ma się rzecz ze zbiegiem kilku okoliczności, między któremi równie jak w wypadku poprzednim, najważniejsza wpływa na umiarkowanie kary, inne współistnieniem swem podniesienie w zakresie powodują. Toż samo należy powiedzieć przy zbiegu kilku kradzieży prostych w kodexie, które wyższość kary od wartości skradzionych przedmiotów czynią zawisłą. Dawniéj istniała zasada łącznego obliczania, którą dziś odrzucono, jako bezzasadną, wzgląd na wartość posuniętym był za daleko. Nasz kodex co do zbiegu kradzieży, ani co do zbiegu wartości, nie zawiera przepisów, co do 1go więc zasady części ogólnéj, a co do 2go zasady teoryi stosować wypada. Co do zbiegu okoliczności niektórych, są przepisy wyraźne jak artt. 1151, 1152, 1156, 1159. Lecz wątpliwość powstaje co do przewidzianych w artykule 1167. Praktyka dodaje tu stopnie, niema to żadnéj podstawy w kodexie i w obec teoryi usprawiedliwić się nie da. Szczególny zbieg przestępstw przewidziany jest w ustępie IIim, art. 1209, wtedy mianowicie, gdy zło-

dziéj sprzedaje rzecz skradzioną. Jestto odwet prawodawcy za trudność dowodu i wyrządzenie szkody okradzionemu. Inaczéj tego usprawiedliwić nie podobna, bo nieuszanowanie i naruszenie prawa własności dokonanem zostało w chwili zaboru; to co sprawca robi z rzeczą po zaborze, samo w sobie nic nowego nie zawiera, jest tylko odbiciem głównego zamiaru przestępnego. Zresztą jestto wielka niekonsekwencya, karać za ukrywanie czynu samego sprawcę, gdy nie karze się jego najbliższych krewnych, przez wzgląd że przywiązanie ich do sprawcy, skłania ich do tego. Najbardziéj szczegółowe postanowienie mieści Code Pénal, który prawie wszystkie kombinacye przewidział. W prawodawstwach innych tego nie spotykamy. Są jeszcze inne powody obciążające winę i skutkujące obostrzenie kary, wymieniają je kodexy, ale znaczenie ich mniejsze, kodex nasz przytacza naprzykład w art. 1167, iż kara za kradzież podwyższa się o dwa stopnie, gdy skradziona rzecz była niezbędną do wyżywienia. Nie przeczymy iż wina się powiększa, tém bardziéj, gdy sprawca wiedział o téj okoliczności; czyn to bardzo nie moralny, pod względem prawnym jednak, okoliczność ta, jako czysto przypadkowa, co najwięcéj podwyższenie w zakresie może powodować. Więcéj już zasadném jest podobne postanowienie co do rozmysłu, które w tymże artykule ustępie IVym znajdujemy. Rozmysł określa kodex w art. 6ym, jeśli zatem o takim rozmyśle tu mowa, to przepis odpowiedni w art. 112 zawarty, w zupełności byłby wystarczającym, z uwagi na to, iż bezpieczeństwo własności silniéj jest zaniepokojone takim czynem. Ale inaczéj tłumaczą sobie pojęcie rozmysłu; przyjmują go wtedy głównie, gdy sprawca trudni się kradzieżą jako rzemiosłem, choćby nawet kradzież ostatnia spełnioną była bez poprzedniego zamiaru, jedynie tylko skutkiem nastręczającéj się sposobności. Byłoby to trafnem, gdyby stosowanem było tam, gdzie trudnienie się kradzieżą jako rzemiosłem jest udowodnionem, praktyka zadawala się jednak témcza-

sowem uwolnieniem poprzedniem, a nie mogąc uznać powtarzania, karze za rozmysł.

Co do udziału w kradzieży, kodex nasz tak jak i inne odsyła do przepisów ogólnych. Szczególny tylko przepis zawiera, tyczący się dających przytułek złodziejom świadomie i ciągle; mianowicie karze ich tak jak ukrywających bandę. (artt. 1170 i 633).

Usiłowanie.

Co to jest usiłowanie, co dokonanie, teoretycznie określić dziś łatwo: są na to termina ustalone. Dokonanie istnieje, gdy ziściło się wszystko, co do istoty przestępstwa jest wymaganem. Określenie więc, choćby takie tylko, że dokonanie kradzieży następuje z pochwyceniem, ze względu na wątpliwości powstać mogące jest nieodpowiedniem. Tu trudność przedstawia się nie w wystawieniu pojęcia usiłowania, lecz w oznaczeniu praktycznèm granicy jego od przygotowania środków do spełnienia kradzieży. Na teraz kwestyę oganiczamy do kradzieży wyróżnionych jako cięższe, ze względu na sposób dokonania, mianowicie zaś odkąd w nich karygodność wraz z usiłowaniem zaczyna się?

Kradzież gwałtowna zarówno jak podstępna z dwóch czynności się składa: 1) czynność ułatwiająca zabór; 2) samo dokonanie zaboru. Czy rozpoczęcie wykonywania może być uznanem, gdy do pochwycenia rzeczy nie przyszło? Odpowiedź na to mieści się w rozwiązaniu pytania, czy dwie te czynności jednym zamiarem przestępnym były połączone, tojest czy gwałtu lub podstępu dopuszczono się w celu kradzieży, lub przeciwnie? W pierwszym razie sam gwałt lub podstęp ożywiony zamiarem pochwycenia rzeczy w ten sposób, stanowi integralną część zaboru i za rozpoczęcie wykonywania kradzieży uważanym być musi. Przy gwałcie wątpliwość łatwiéj się usuwa, gdy tymczasem przy wejściu nie-

właściwym otworem, niekiedy tylko przygotowanie uznać wypada, zwłaszcza gdy sprawcy szło o przekonanie się, czy mieszkańcy są w domu obecni. W drugim wypadku, gdy gwałt ani podstęp za środek do spełnienia kradzieży użyty, uważać się nie daje, pozostaje sam czyn wejścia gwałtownego lub podstępnego. Pierwszy, (burglary) w prawie angielskiem specyalną obłożony jest karą, w prawie francuzkiem przeciwnie rodzi tylko akcyę cywilną. Dowód zamiaru, a tem samem i związania środka zaboru z samym zaborem, należy do procedury, zatem wedle jéj zasad regulowanym być winien. Kwestya usiłowania kradzieży prostéj rozstrzyga się bez trudności wedle zasad ogólnych. Karygodność usiłowania datuje się od czasu gdy kradzież stała się przestępstwem publiczném. W Rzymie usiłowanie kradzieży prostej bezkarnem pozostawało, a usiłowanie gwałtownéj lub podstępnéj kradzieży, tylko podlegało karze. Kodex francuzki czyni to tylko co do niektórych kradzieży (art. 388), a inne nie zawierają specyalnych przepisów. Kodex pruski usiłowanie karze na równi z dokonaniem kradzieży art. 216.

Kara za kradzież.

Przyznajemy, iż kara jest złem koniecznem. Miara złego jakie społeczność wyrządza, winna być o ile można najmniejszą. Interes społeczności co do tego rozstrzyga. Tu nam nie idzie o zasady kary, ani oto co karać, bo to już rozebraliśmy; sama kwestya wymiaru kary i oznaczenia jéj wysokości, ma nas zająć. Wysokości kary nie możemy podać z góry, musielibyśmy ją narzucić bez usprawiedliwienia: w mocy naszéj jest tylko wskazać kilka myśli przewodnich Przy oznaczaniu kary za kradzież, miarodawczym być winien, ogólny system kar, a mianowicie sposób karania przestępstw pokrewnych jak naprzykład rabunku. Prawodawstwo sredniowieczne, a nawet prawo miast polskich, przyjmowało karę śmierci. Kara ta istniała jeszcze w Code Pénal

do roku 1832. Postanowienia takie, pominąwszy ich niesprawiedliwość, ze względów polityki prawodawczéj mają przeciwko sobie dwa zarzuty: 1) że sprawca wiedząc o grożącéj mu karze, zamiast poprzestać na zaborze, dołoży wszelkich starań, by pozbyć się świadka swéj zbrodni i nietylko nie będzie wstrzymywanym od rabunku, lecz popchniętym doń raczéj przez samego prawodawcę. Taki sam zarzut da się wystosować, przeciwko wszelkiéj karze nie uwzględniającéj przedziału między przestępstwem lżejszem a cięższem. 2) że kara śmierci jak w ogóle każda surowsza, wstrzymuje sędziów od wymierzania jéj i postanowienie martwą staje się literą. To dowodzi że kara odpowiadać winna przeświadczeniu społecznemu o bezprawności czynu i mierze odpowiedzialności. Szczególniéj ma to miejsce przy karze utraty czci. Kara ta bez wątpienia skuteczna niekiedy i właściwa, ale pod pewnemi warunkami. I tak skuteczną jest, gdy społeczność w ogóle, a obwiniony w szczególności do czci obywatelskiéj przywiązują wagę Odpowiednią będzie przy wymierzaniu jéj, gdzie czyn sam bezcześci, lecz nadużywanie jéj, sprawi, iż przestanie wpływać na opinią, która tu sędzią najlepszym. Kara ta jest ogólnie przyjętą przy kradzieży. Spotykamy się daléj z karami wolności, które dziś wyłączne uznanie zyskały, o nich też głównie przy kradzieży jest mowa. Kara wolności jest jakby odwetem za jéj nadużycie, tu nadużycie wolności skierowanem zostało przeciwko własności, pobudkę tego rodzaju przestępstw wskazaliśmy. Zgodzić się musimy, że sprawiedliwem i użytecznem będzie, użycie czasu przez który złodziéj wolności jest pozbawiony, na robotę przymusową, a wtedy i cel poprawy przestępcy z łatwością przyjdzie nam osiągnąć. Kodex nasz, wprowadza postanowienie podobne co do wynagrodzenia poszkodowanego, z zarobku skazanego przez czas osadzenia Kara miarkować się winna wedle natury czynu i złośliwości sprawcy. Na téj zasadzie nie trudno oznaczyć wysokość kary za kradzież uprzywile-

jowaną, prostą, z okolicznościami obciążającemi lub też i ciężką, skoro dla każdego z trzech rodzajow wyznaczymy kary osobne, a oprócz tego, zostawimy znaczny odstęp między *maximum a minimum*, jak to zrobiono w kodexie pruskim, co w zupełności wymaganiom nauki odpowiada. W kodexie naszym karą zwykłą kradzieży jest dom roboczy i roty aresztanckie, a więc osadzenie w więzieniu, utrata wolności, z dodatkiem odjęcia pod pewnym względem praw do czci obywatelskiéj i dozorem policyjnym. Kary za powtarzanie, świętokradztwo i zabór dokumentów różne od zwykłych, dochodzą do pozbawienia praw i zesłania na osiedlenie. Przy wymiarze kary, nastręcza się wątpliwość w teoryi różnie rozstrzygnięta przez prawodawstwa, czy powrócenie szkody po zaborze wyłącza odpowiedzialność czy nie? W téj mierze spotykamy się z dwoma odmiennemi postanowieniami. Kodex z r. 1818 w art. 174, wyraża się, iż kradzież karaną nie będzie, gdy sprawca szkodę powróci, nim zwierzchność dowié się o przestępstwie. Jestto w zasadzie nie słuszne, bo powrócenie stało się po dokonaniu czynu, który jest już faktem spełnionym, a będąc czynem materyalnym cofnąć się już nie da. Są jednak wypadki, gdzie przepis taki jest konieczny, mianowicie też przy drobnych i uprzywilejowanych kradzieżach. Odmiennie postąpił nasz kodex z roku 1847, który okoliczności powrócenia szkody przyznaje tylko wpływ łagodzący winę i karę w zakresie, a nawet o jeden, dwa lub trzy stopnie, stosownie do tego czy powrócenie przed lub po rozpoczęciu dochodzenia nastąpiło. I tego przepisu nie można właściwym nazwać. Powrócenie szkody przed śledztwem jest restytucyą szkody zrządzonéj, ale restytucya będąc dobrowolną odejmuje też znaczenie zamiarowi przestępnemu naruszenia cudzéj własności. Pozostaje tylko naruszenie własności nie zatarte i za to kara musi być osobna zupełnie, od grożącéj za spełnienie kradzieży niezależna. Drugi ustęp artykułu 1171 nie da się niczem usprawiedliwić, jestto sprzeczność z rozbieranym powyżéj art. 1209. Uwzględnićby należało i drugą

okoliczność wyłączającą winę, a tém samém uwalniającą od kary, tojest popełnienie kradzieży pod wpływem głodu, koniecznéj potrzeby. Bohaterstwa od ludzi wymagać nie podobna, ale z drugiéj strony potrzeba nie jest prawem, niekaranie jéj jest wyjątkiem. Bezprawne zaspokojenie głodu, musi mieć swe granice, zdaje nam się, że oznaczymy je słusznie, gdy powiemy, że kradzież prosta, a tém bardziéj uprzywilejowana, mogą bezkarnemi pozostać, ale stanowczo oświadczamy się za uznaniem winy choć mniejszéj i złagodzonéj przy cięższéj kradzieży. Ocenienie kiedy sprawca winien odpowiadać za kradzież w pierwszym razie, jak i umiarkowanie kary w ostatnim wypadku, zostawione być musi sędziemu, który baczyć winien na indywidualność rozpoznawanego czynu.

Jan Domaszewski,

Magister Prawa i Administracyi

O ZASTAWIE, JEGO RODZAJACH,

ze szczególnym względem na zastaw antichretyczny.

„Tutius est rei incumbere et possidere, quam in personam agere."

§ 1. *Znaczenie zastawu w ogólności.* Kredyt nie polega zawsze na wierze dłużnika, wzywa on na swą pomoc poręczenie, umowę dodatkową, która zobowiązaniem się osoby trzeciéj, wzmacnia i utrwala zobowiązanie dłużnika głównego. W przymusie osobistym, jako najsilniéj działającym bodźcu, znajduje środek, właściwy do przezwyciężenia złéj woli dłużnika, mało dbającego o wywiązanie się zdanego słowa.

Często jednak dłużnik bez własnéj w tém winy, straci majątek przypadkowo, w skutek okoliczności nie od niego zależących lub siły większéj, zmniejszy więc w całości lub części bezpieczeństwo, jakie przedstawiał dawny jego stan majątkowy. Dlatego duch ostrożności będący nieodstępnym towarzyszem kredytu, niezależnie od gwarancyi moralnéj, wynalazł umowę zastawu, większy element pewności w sobie zawierającą. Nie dowierzając osobie, zabezpiecza się na rzeczy i pokłada w niéj zaufanie, na jakie osoba nie zawsze zasługuje. W ten to sposób stosunki ludzkie są nieustającą mieszaniną: zaufania i nieufności, niedbalstwa i ostrożności. Kredyt, cokol-

wiek etymologia mówi o jego nazwie, byłby nieroztropnym, gdyby zaniedbywał gwarancyi nadających pewność i łatwość interesom, jako najsilniejszych swoich czynników. W stosunkach towarzyskich, należałoby może potępić tę nieufność, przychylne przekonanie jest lepszem uczuciem bo domniemywając dobro, skutkuje jego powstanie, zmusza niejako człowieka aby stał się, takim, za jakiego jest uważany. Lecz inny przedstawiają widok stosunki z interesu wynikające. Tu trzeba innéj zasady, byłby to błąd niedoświadczenia, gdyby się nie przewidywało złéj wiary dla ochronienia się od niéj. Troskliwy ojciec familii, winien zawsze lękać się zła, gdy chce mieć dobro, a nie podnosząc do przesady, podejrzenia i nieufności, dobrze uczyni, postępując podczas pokoju, tak jak gdyby się walki spodziewał.

Umowy ubezpieczające, takie jak zaręczenie, zastaw, hipoteka, są warowniami prawa cywilnego. Utrzymują onę w całości majątek wierzyciela, ochraniając go od zgubnych strat, sprawiających nieład i zamieszanie w majątkach.

„Gdyby to było możliwem, (mówi Troplong str. 5), wolałbym widzieć pożyczających na uczciwość, raczéj jak na zastaw, uważałbym za bardzo szczęśliwy stan społeczeństwa w ktorym możnaby z całą pewnością zaufać człowiekowi więcéj niż rzeczy. Ten stan może kiedyś przyjdzie, tak jak pokój powszechny, jedność europejska i inne piękne idee, którymi się kołyszą filantropi.“

Lecz niestety! czas ten jeszcze nie nadszedł i jesteśmy jeszcze w owéj epoce, w któréj społeczeństwo rzymskie znajdowało się za czasów Martialisa, w udatnym rysie przedstawiającego nam ówczesne usposobienie umysłów:

„Cum rogo te nummos, sine pignore, non habeo inquis,
„Idem si pro me spondet Agellus, habes,
„Quod mihi non credis veteri Thelesine sodali,
„Credis colliculis arboribusque meis,

„Ecce reum Carus te detulit. Adsit Agellus.
„Exsilii comitem quaeris? Agellus est.“

Troskliwość ta tym jest konieczniejszą od czasu, kiedy ludzkość odjęła wierzycielom możność używania przesadzonéj surowości exekucyjnych środków.

Były czasy, w których człowiek życiem lub wolnością swą odpowiadał za wierność w wykonaniu zobowiązań. Wiara umów, miała za sankcyą niewolę lub śmierć, a człowiek cały w skutek długu, stawał się własnością drugiego człowieka. Dłużnik przekazywał siebie, rodzinę swą i majątek wierzycielowi, któremu po upływie oznaczonego czasu, służyła możność exekucyi osobowéj przeciw dłużnikowi, jeśli się w oznaczonym terminie nie uiścił z długu.

W miarę łagodzenia się obyczajów, zniesionym został ten system gwarancyi materyalnéj.

Lecz im więcéj przymus osobisty był ograniczany i miarkowany, tym większą trzeba było nadać rozciągłość i trwałość kredytowi opartemu na rzeczy. Upewnienie na rzeczy, stało się jednym z najważniejszych zadań jurysprudencyi.

Powiedziałem, kredyt osobisty jest często wątły; kapryśna fortuna, która daje bogate majątki, porywa je znów w igraszce okrutnéj, nieład je rozprasza i człowiek bogaty wówczas, kiedy mu pożyczano, znajduje się w biedzie, gdy przychodzi termin oddania. Ztąd konieczność dla wierzyciela domagania się zastawów rzeczowych, które dają mu w rękę wartości wystarczające na zabezpieczenie zapłaty w terminie umówionym: „*Tutius est, rei incumbere et possidere, quam in personam agere.*“

Te wartości są dwóch gatunków: *ruchome* i *nieruchome*, można dać w zastaw ruchomości lub nieruchomości. Skutkiem szczególnym zastawu, jest objęcie przez wierzy-

ciela rzeczy w istotne posiadanie. Wierzyciel zawiązuje wtedy z rzeczą ściślejszy stosunek, stosunek rzeczowy, albowiem ona służy na zabezpieczenie jego tylko wierzytelności.

Zastaw domniemywa *wydanie rzeczy* (traditio).

Przez genialne ulepszenia, zdołano dojść do hipoteki, szczególnego rodzaju zastawu, dającego całe bezpieczeństwo wierzycielowi, przy pozostawieniu jednak dłużnika w posiadaniu rzeczy.

Marcianus (l. 5, § 1, D. 20, 1), powiedział: *Inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt*. To zdanie jest prawdziwe tylko w ścieśnionem znaczeniu, mianowicie w tém, że hipoteka należy do materyi ubezpieczenia rzeczowego, tak jak zastaw. Pod innym względem hipoteka od zastawu różni się w sposób bardzo wydatny, różni się zaś nietylko nazwiskiem, lecz nadewszystko tém, że pozostawia dłużnikowi posiadanie, które zastaw mu odejmuje.

Trudno przystać na zdanie *Dernburga* (*Pfandrecht* t. I, str. 97), mówiącego: „że obie te instytucye (hipoteka i zastaw), są w skutkach istotnie identyczne i jednakowym zasadom prawnym podlegają.“ Pięknie rozwiniętą znajdujemy tę materyą w rozprawie Dr. Dydyńskiego: „Rzecz o różnicy między zastawem a hipoteką.“ Warszawa 1866 r.

§ 2. *Historyczny przebieg rodzajów zastawu*. Zastaw spotykamy wszędzie, gdzie tylko kredyt dosięgnął pewnego stopnia rozwoju.

Prawodawstwo Mojżesza przedstawia nam zastaw u Żydów. Widzimy tam usiłowania w celu usunięcia surowości, jakiemi skutki zeń wypływające, starali się otoczyć chciwi wierzyciele.

„Nie będziecie brać, mówi prawodawca (Deut. 24), na zastaw młynka do zboża, gdyż dający go zastawia własne życie.

„Nie wchodźcie w dom dłużnika dla wzięcia zeń zastawu, lecz oczekujcie aby dłużnik sam przyniósł przedmioty waszego ubezpieczenia. Jeśli dłużnik jest biedny, niech zastaw jego nie przebędzie u was nawet przez noc jedną, oddajcie mu go przed zachodem słońca, aby śpiąc w swéj odzieży was błogosławił.“

Grecy, naród handlowy i nieufny, rozpowszechnił użycie zastawu. Hipoteka jest początku greckiego, również jak i antichresis, zkąd obie te instytucye przeszły do Rzymu.

W starożytnem prawię rzymskiem znany był zastaw w formie sprzedaży: *mancipatio per aes et libram.* Było to przeniesienie w ręce wierzyciela, własności rzeczy zastawionéj, dokonane w sposób uroczysty, z prawem odkupu zastrzeganem dla dłużnika, po zwróceniu pożyczonéj przez niego summy.

Boëtius nazywa to: *mancipatio fiduciaria* (Cicero III. de off. 17).

Pierwotnie ta forma zastawu, nadawała nieograniczone prawo do osoby dłużnika, nieuiszczającego się w terminie, lecz zniosła to *lex Poetelia Popiria*, pozostawiając wierzycielowi prawo, tylko do rzeczy zastawionéj.

W prawodawstwie Justyniana niema już śladu fiducyi. Od czasu kiedy własność odrzuciła różnicę *res mancipi* i *res nec mancipi*, forma ta zastawu, oparta na sakramentalnéj formule, stosującéj uroczystość do własności uprzywilejowanéj, upaść musiała.

Oprócz fiducyi, rozpadającéj się jeszcze na: *fiducia cum creditore* i *fiducia cum amico*, a przez prawo cywilne urządzanéj, był jeszcze rodzaj zastawu z prawa natury, zwany *pignus*, który nie był otoczony żadnemi formalnościami, a ustanawiał się prostem wręczeniem rzeczy przez dłużnika wierzycielowi. Ten zastaw nie przenosił własności, a tylko dawał

zastawnikowi, posiadanie rzeczy: *jus detentionis*. Z powodu że zawierany był przez *wręczenie* (*traditio*), *Cajus* wyprowadza nazwę *pignus* od *pugnus*:

„*Pignus appellatur a pugno, quia res quae pignori dantur manu traduntur*, (l. 238. D. de verb. signif.).

Wywód ten etymologiczny, słusznie krytykuje *Salmasius* (De modo usur. str. 538): „*Absurdum pignus a pugno deducere, cum pignus clausam manum significet. Unde et pugnus pro ictu qui clausa manu incutitur, unde et pugiles appellati.*"

Początkowo *pignus* dawał proste *jus detentionis* lecz wierzyciel rzecz posiadający nie mógł jéj sprzedać, wyjąwszy jeżeli co do tego uczynił wyraźne zastrzeżenie w umowie. Dopiero za czasów Ulpiana (r. 228 po Chryst.), weszło w zwyczaj, że wierzyciel nie otrzymawszy należności w terminie oznaczonym i trzykrotnem wezwaniem postawiwszy dłużnika w zwłoce, mógł rzecz zbyć, bez oddzielnéj specyalnéj umowy.

Pignus, przy korzyściach miał swe niedogodności, uwydatniające się szczególniéj w złym wpływie na rozwój rolnictwa i dobrobytu, odnośnie do własności nieruchoméj. Przezeń bowiem nieruchomość, przechodząc w ręce zastawnika, pozbawiona była uprawy i troskliwości takiéj, jakiéj tylko właściciel dołożyć może. Zapobiegając tym niedogodnościom, fiducya często pozostawiała posiadanie przedmiotu w ręku dłużnika. Odpowiednio temu rozumieniu i użytecznemu duchowi fiducyi, przynoszącemu ulgę dłużnikowi w jego i tak przykrem położeniu, starano się zastosować tę kombinacyę i do *pignus*, tojest aby wierzycielowi zapewnić prawo rzeczowe na nieruchomości, pozostawiając jednocześnie posiadanie jéj dłużnikowi.

Ztąd powstała, niewątpliwie za przykładem Greków, *hipoteka*, którą bez form uroczystych mancypacyi zawierano także w skutek prostéj tylko umowy.

Hipoteka o tyle była lepszą od fiducyi, że nie pozbawiała dłużnika nawet posiadania rzeczy, dając jednak wierzycielowi zupełne bezpieczeństwo. Hipoteka weszła do jurysprudencyi rzymskiéj pod swą grecką nazwą: *Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hipothecam cum non transit, nec possesio ad creditorem* (l. 9, § 2, D. de pign. action.). Pretor przyjął chętnie to naśladowanie prawa greckiego. Obca prawu rzymskiemu cywilnemu hipoteka, znalazła poparcie w *jus honorarium*.

Pignus pierwotnie dawał tylko *jus detentionis*, ponieważ zaś był dziełem prawa naturalnego i opierał się na ręcznéj *traditio*, wierzyciel z utratą posiadania, tracił wszelkie prawo do rzeczy zastawionéj i żadna *actio* prawa cywilnego nie przychodziła mu w pomoc, gdyż te jak już powiedziano wyżéj, służyły tylko fiducyi w formach uroczystych zawieranéj. Taki stan nie mógł naturalnie trwać długo, pretor bowiem nie mógł obojętnie patrzeć na tę nierówność i wzmocnił pignus skargami prawa rzeczowego.

Pierwszym który wszedł na tę drogę postępową był pretor *Salvius*, który zaprowadził interdykt *Salwiański*, następnie pretor *Servius* od którego skarga *Serwiańska*.

Był zwyczaj w owéj epoce, że gdy dzierżawca wiejski wprowadził narzędzia rolnicze na grunt, zastrzegano, że one będą zastawem dla właściciela, również że płody gruntu zebrane przez tegoż, mają być zastawem dla zapłacenia czynszu dzierżawnego. Gdy jednak te narzędzia i te płody nie znajdowały się na gruncie dzierżawionym, właściciel nie miał żadnej skargi, gdyż pignus nie był wypływem prawa cywilnego.

Pretor tedy *Servius* dał takiemu zastawnikowi skargę pretorską przeciwko trzecim posiadaczom tych ruchomości przeniesionych z miejsc i skarga ta przybrała nazwę: *Serviana actio.* Inni pretorowie rozciągnęli tę skargę do wszyst-

kich pozostałych wypadków *pignus*, i skarga taka przybrała nazwę: *actio quasi-Serviana*.

Po przyjęciu przez pretora hipoteki greckiéj, *actio quasi-Serviana* przybrała też nazwę *actio hypothecaria*, i dawała wierzycielowi prawo zajęcia rzeczy, sprzedania i potrącenia swéj należności z prawem pierwszeństwa. Pretor więc był motorem tych genialnych reform, pignus i hipoteka winny mu całe swe ukształtowanie.

Podług spostrzeżeń *Cajusa*, niektórzy dawni prawnicy nadawali zastawowi pignus, nader ścieśnione znaczenie, odnosząc go tylko do ruchomości. W następstwie jednak, gdy fiducya straciła swe znaczenie, po wejściu hipoteki do prawa rzymskiego, gdy antichresis stała się rodzajem zabezpieczenia prawa, wówczas *pignus*, nabrał rozleglejszego znaczenia, został pojęciem generycznem, i zapewne to w tym względzie *Marcianus* wyrzekł wyżéj przytoczone słowa: *Inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt*. Tak więc historya prawa rzymskiego przedstawia nam cztery rodzaje zastawu:

1) *Fiducia* będąca umową uroczystą i uprzywilejowaną prawa cywilnego.

2) *Pignus* jako umowa z prawa natury, powstała z poczucia interesu i potrzeby czasu.

3) *Antichresis* dająca wierzycielowi prawo posiadania i użytkowania rzeczy zastawnéj.

4) *Hipoteka*, umowa początku greckiego, lub jak niektórzy mieć chcą pochodząca od fiducyi *cum amico*, przyjęta przez pretora i podtrzymywana jego edyktem.

Historya prawa polskiego, przedstawia nam takież rodzaje zastawu, jakie spotykamy w innych prawodawstwach, tylko z odmiennym znacznie charakterem.

I tak: znany był zastaw ruchomy zwany *pignus* a niekiedy *vadium*, choć ta ostatnia nazwa właściwie oznaczała karę umowną za niewykonanie warunków zobowiązania, lub co innego, żadnego z zastawem nie mającego związku.

Według Statutu Litewskiego, trzeba było pisma do ustanowienia zastawu ruchomego, w ogóle zaś mało było przepisów tego instytutu prawnego dotyczących.

Charakterystyczną cechą przepisów prawa polskiego, co do zastawu ruchomego było, że kiedy wierzyciel otrzymał zastaw bezwarunkowo, winien się był w razie zaszłéj potrzeby z przedmiotu zastawnego zaspokoić przez sprzedaż takowego. O niedobór nie miał prawa upominać się. A przewyżkę obowiązanym był zwrócić jeżeli to było zastrzeżonem przy umowie.

Zastawu nieruchomego były dwa rodzaje: 1) *Inscriptio certi debiti ad certum tempus* i 2) *Inscriptio obligationis de facto*; formuły ich przepisał Zygmunt I[szy] (Vol. 1, f. 419, 420).

Oba te rodzaje należą do zastawu antichretycznego, dającego wierzycielowi użytkowanie z zastawionych dóbr, różniły się zaś tém, że podług pierwszego, wierzyciel otrzymywał posiadanie majątku wtedy dopiero, gdy dłużnik w danym czasie nie uiścił należności; podług drugiego zaś odrazu obejmował dobra w posiadanie.

Takie objęcie w posiadanie odbywało się bez wdania się sądu, zwano je *zajazdem*, lecz *uprawnionym*. Zastawnik pobierał wszelkie przychody z majątku, bez obowiązku składania z nich rachunku, a to w zamian za prowizyę od summy wypożyczonéj. Początkowo dawany był na rok, późniéj zaś na trzy lata i tylko w tych terminach wolno się było z zastawu zwolnić. Sądy zobowiązywały niekiedy wierzycieli do wyrachowania się z przychodów, gdy te były bardzo znaczne, prawo jednak nic o tém nie wspomina.

Prócz tego znany był w praktyce zastaw na *upad* lub *pod przepadkiem: obligatio sub lapsu*, w skutek którego, w razie nieuiszczenia się dłużnika w terminie właściwym, przedmiot zastawny stawał się własnością wierzyciela, po przypozwaniu dłużnika przed sąd, o przysądzeniu wyrzekający. (*Zawadzki in processu*, str. 46).

W początkach panowania Zygmunta III^{go} wprowadzono zastaw dóbr nieruchomych, lecz bez posiadania tychże, Zawadzki zastaw ten nazywa: *obligatio in bonis assecurata*.

Hipoteka wreszcie w prawie polskiem zaprowadzoną została konstytucyą z 1588 roku: *o ważności zapisów*, a to z prawem pierwszeństwa, jawnością i specyalnością, choć nazwa tej instytucyi prawnéj, obecnie używana, nadaną jéj nie została.

Zastaw widzimy i w prawach średniowiecznych, (Prawo *Lombardów* l. 2, t. 21, § 1, *Ducange*: *Wadium*).

Joinville udając się na wojny krzyżowe, zastawia najlepszą część swéj ziemi. Krucyaty dały początek lichwie zastawem ubezpieczonéj; historya świadczy, że instytucyc religijne, miały znaczny udział w lichwie, biorąc w zastaw nieruchomości. Własność gruntowa w skutek tego, choć przywalona ciężarem tych umów, nabrała jednak pewnego ruchu który zastąpił długo trwającą bezwładność.

W prawie francuzkiem znany jest zastaw pod nazwą: *nantissement*, nazwą generyczną, obejmującą w sobie pojęcie zastawu ruchomego i nieruchomego.

Wyraz *nantissement*, pochodzi od Saxońskiego *nam*, oznaczającego wzięcie na zastaw.

W zwyczajach Normandzkich *nampt*, oznacza ruchomości i zwierzęta wzięte w skutek exekucyi i umieszczone jako zastaw w ręku wierzyciela. Ruchomości nazywają się tam: *mort namps*, zwierzęta zaś: *vif namps*.

Od tego to pierwiastku powstał w języku francuzkim wyraz: *nantir*, *nantissement*.

Niektórzy grammatycy wyprowadzają wyraz *nantir* od *nancisci*, lub z greckiego nowożytnego, lecz *Ducange'a* etymologia Saxońska jest pewniejsza.

Nantissement jako termin generyczny, ma tę samą rozciągłość jak pignus w prawie rzymskiem, w epoce, kiedy ten nabrał obszerniejszego znaczenia, zastąpiwszy prawie zupełnie miejsce fiducyi.

Art. 2071 daje definicyą zupełnie odpowiednią temu pojęciu, z niego bowiem wynika, że czy rzecz będzie ruchomością, czy nieruchomością, umowa zawsze przybrać może nazwę: *nantissement*.

Lecz język nowożytny ma na odznaczenie zastawu rzeczy ruchoméj i nieruchoméj specyalne wyrazy; pierwszy nazywa się: *gage*, drugi: *antichrèse*, są to gatunki pojęcia generycznego.

Wyraz *gage*, jest pochodzenia teutońskiego: *wadium*, *guadium (Ducange v. wadium, guadium)*. Używa się on raz na oznaczenie umowy zastawu ruchomości, drugi raz na oznaczenie saméj ruchomości zastawionéj.

Język potoczny nadaje mu jeszcze obszerniejsze znaczenie od tego, jakie wypływa z art. 2071, używa on tego wyrazu na oznaczenie wszelkiego rodzaju ubezpieczenia a nawet na oznaczenie zastawu nieruchomości. To rozszerzenie potoczne wyrazu *gage*, daje się widzieć i w art. 2093, mówiącym że dobra są zastawem dla wierzycieli: „*les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers*.“

Nakoniec prawa domanialne, zgodnie z dawnym językiem prawnym, nazywały *engagements*, umowy niegdyś bardzo częste, które najściśléj dotyczyły zastawu nieruchomości.

Antichrèse, który jest zastawem nieruchomym podług Kodexu Cywilnego, zachował pochodzenie i nazwę grecką; pod tą też nazwą widzimy go w prawie rzymskiem. Zastaw antichretyczny, choć nie upadł, mniéj jednak jest używany jak dawniéj. Hipoteka go zwyciężyła, gdyż jest trwalszą i dogodniejszą zarazem; przytem zakazy prawa kanonicznego nie dozwoliły mu wejść w zwyczaje ludowe.

§ 3. *Ogólne zasady zastawu w prawie francuzkiem.* Zastaw jest umową dodatkową, na bezpieczeństwo długu, powiada art. 2071, musi więc być dług poprzedni, z którym łączy się zastaw, dający wierzycielowi zabezpieczenie umowy głównej i nie możnaby zrozumieć zastawu bez téj umowy, która jest przezeń zabezpieczoną.

Gdyby dłużnik nie był związany poprzednio zobowiązaniem, co do którego wierzyciel pragnie się ubezpieczyć, zastaw nie miałby przyczyny istnienia. Ten dług główny, byle tylko był ważny, może pochodzić z jakiéjkolwiekbądź umowy; może to więc być zobowiązanie kupna, najmu, może być proste i bezwarunkowe lub warunkowe, z terminem albo bez, może być cywilne lub naturalne. Jednem słowem, zastaw może być dany: *pro quacunque obligatione*, (Marcianus l. 5, D. 20, 1).

Zastaw jest umową rzeczową, czyli doskonałą przez rzecz, z tego względu należy on do rodzaju pożyczki i składu. Tak jak te dwie umowy, wymaga wydania rzeczy, co art. 2071 wyraża mówiąc: zastaw jestto umowa przez którą dłużnik, wydaje rzecz wierzycielowi na zabezpieczenie długu. *Wydanie* jest więc warunkiem istotnym zastawu, przez to umowa zastawu (specyalnie biorąc), różni się wydatnie od hipoteki, która pozostawia dłużnika w posiadaniu rzeczy. Znajdujemy jednak w Pandektach ustęp Ulpiana, będący, zda się, w oppozycyi z dopiero co przytoczoną zasadą. Mówi on: *Pignus contrahitur non solum traditione, sed etiam nuda conventione etsi traditum non est*, (l. 1, D. de pign. acti). Proste jednak zastanowienie się wystarczy do objaśnienia wątpliwości powstałej z tego fragmentu. Ulpian bierze tu wyraz pignus w obszernem znaczeniu rozciągającem się i do hipoteki i hipotekę właśnie miał na myśli mówiąc o *nuda conventio*.

Co do pignus w właściwem znaczeniu, to pewno że w prawie rzymskiem, jak i francuzkiem, *wydanie* jest konieczne do jego doskonałości. W istocie, podwójny interes będący przedmiotem zastawu, wymaga rzeczywistego wręczenia rzeczy.

Jakiż jest interes wierzyciela? zabezpieczenie się, *quo magis ei in tuto sit creditum*. (Inst quibus modis § 4).

Lecz ileż wątłą i ułudną byłaby gwarancya na ruchomości, gdyby wierzyciel nie miał jéj posiadania. Jakież

bezpieczeństwo przedstawiłby antichresis, gdyby wierzyciel nie miał użytku z nieruchomości.

Z drugiéj znów strony, jakiż jest interes dłużnika dającego zastaw? Znalezienie kredytu: *quo magis ei pecunia credatur* (loco cit.). Lecz gdyby się nie pozbawiał posiadania rzeczy, kredyt byłby chwiejnym, brakłoby zaufania i umowa chybiłaby celu do którego dąży. Nie należy jednak z tego powodu mniemać, że umowa zastawu winna się rozpoczynać od wydania rzeczy, potrzeba przedewszystkiem zgodzenia się stron w odpowiednich warunkach; lecz do doskonałości umowy, konieczne jest wydanie rzeczy zastawionéj. Co więcéj, prawo nie uchyla obietnicy zastawu. Każdą razą kiedy umowa dozwolona zawartą została, dobra wiara wymaga, aby była wykonaną. Dłużnik obiecujący zastaw, winien go wydać, zauważyć jednak trzeba, że jego zobowiązanie nie powstaje właściwie z umowy zastawnéj.

Obietnica zastawu jest umową bezimienną, którą nie trzeba mieszać z zastawem uskutecznionym.

Z zasady iż zastaw dopełnia się w skutek *wręczenia, traditio*, wynika, że zobowiązaniem główném wypływającém z kontraktu zastawu, jest oddanie rzeczy wrazie uiszczenia wierzytelności, zobowiązanie ciążące zastawnika, powstające dlań z przyjęcia rzeczy.

Z tąd płynie dla dłużnika skarga zwana w prawie rzymskiém: *actio pignoratitia directa*, za pomocą któréj mógł zmusić wierzyciela do wydania sobie rzeczy zastawionéj, po umorzeniu całkowitém wierzytelności. Była ona osobistą i nie należy jéj mieszać ze skargami rzeczowemi, powstającemi z zastawu na korzyść wierzyciela, jakiemi były np: *actio Serviana* i *quasi-Serviana*.

Skarga z art. 2082 Kodexu Cywilnego, domaganie się rzeczy zastawnéj, przez dłużnika, który umorzył zupełnie wierzytelność, jest téż osobistą i dąży ona do wypełnienia zobowiązania.

Wzajemnie, dobra wiara, tworzy *actio pignoratitia con-*

traria w interesie wierzyciela. Jeżeli dłużnik nie dotrzymuje tego co obiecał, jeżeli np. twierdził, że towar dany przezeń w zastaw w pace, jest tego gatunku, gdy tymczasem jest innego, gorszego, wierzyciel ten, ma *actio pignoratitia contraria* dla nadania mocy umowie, albo żeby był całkowicie wynagrodzony. Tak samo, jeżeli dłużnik zakłóca posiadanie wierzyciela, albo jeżeli wierzyciel był zmuszony czynić wydatki dla zachowania rzeczy zastawionéj. Ta skarga nazwaną została *contraria*, ponieważ nie wypływa z istoty umowy, zniewolenie wierzyciela za cel mającéj, nie jest ona wyraźną ale milczącą, powstaje z dobréj wiary, która chce, aby jeśli wierzyciel jest ściśle zobowiązany, względem dłużnika, temu znów nie było wolno niedotrzymywać obietnic, albo też wystawiać na straty wierzyciela.

Widać z tąd że zastaw należy do klassy umów dwustronnych, niedokładnych. Słusznie powiedziano w Instytucjach, (Quibus modis re § 4): *Pignus utriusque gratia constituitur*; bo zastaw jest w interesie dłużnika, łatwiéj tym sposobem znajdującego kredyt i wierzyciela któremu zapewnia bezpieczeństwo. Mimo tych względów, rzeczy się tak kombinują iż w zastawie jest jeden główny obowiązek t. j. oddać rzecz po uskutecznieniu zapłaty. Innne zobowiązania są tylko dodatkowemi, nie odgrywają tyle ważnéj roli, iżby z kontraktu zastawu uczynić mogły umowę zupełnie dwustronną tak jak sprzedaż lub najem. Art. 2087 mówi, że wierzyciel może zwolnić się od zobowiązań z zastawu, choć przez to dłużnik od długu zwolniony nie będzie.

Zastaw opiéra się na prawie natury i prawie narodów, słuszność użycza mu istotnych zasad i chociaż formalizm prawniczy opanował go w pewnych punktach, mianowicie do dowodu się odnoszących, jest on wszakże jedną z tych umów, które wszędzie są konieczne do życia cywilnego. Cel zastawu odróżnia go od innych umów rzeczowych, jest nim: zabezpieczenie wierzyciela, różni się więc przeto od pożyczki i składu a przytém jeszcze jest umową dodatko-

wą. Zastaw nie jest podobny do poręczenia, choć jako umowa ubezpieczająca i dodatkowa zbliża się doń. Fundamentalna między niemi różnica opiera się na tém, że przy zastawie bezpieczeństwo leży w rzeczy, przy poręczenie zaś w dobrej wierze poręczyciela. Doświadczenie wykazało większą skuteczność pierwszego: „*plus est cautionis in re, quam in persona*.“

Danie zakładnika ma więcéj stosunku do zastawu jak do poręczenia. Danie zakładników jest zastawem traktatów pokoju, jest pozostałością zastawu osoby, tak używanego w czasach barbarzyńskich. Zapewne, jest zawsze na zakładniku *jus pignoris*, dozwalające zatrzymać go, pilnować, lecz nie daje się prawo przymuszania go do robót niewolniczych, skazania go na śmierć.

W dawniejszych czasach, zakładnik mógł być zabijany, dziś jednak, a nawet oddawna już, to prawo życia i śmierci (vitae et necis), wyrugowane zostało z prawa narodów.

Dawanie zakładników, jest w każdym razie godném potępienia, bo zastawianie wolności nigdy aprobowane być nie może.

Danie to zakładników, które w nowszych jeszcze czasach spotykamy tylko w umowach międzynarodowych, miało miejsce dawniéj i w kontraktach prawa cywilnego. Zastawianie jednak osoby, coraz więcéj sprzeciwiało się obyczajom,—to kupczenie osobą człowieka, jest przeciwne prawom wolności osobistéj. Czasem zastaw przedstawia formy kupna i sprzedaży; dla nadania mu większéj skuteczności, pozorują go formą sprzedaży symulowanéj. Do sędziego należy rozpoznanie, czy pod tą łupinką zewnętrzną, nie kryje się *jedynie* gwarancya dla wierzyciela. Kodeks zajmuje się zastawem *umownym*, lecz może być i zastaw *domyślny*; i tak np. płody i narzędzia rolnicze w dzierżawach majątków wiejskich, ruchomości (meble, sprzęty domowe) w najmie mieszkań, do tychże wprowadzone, są zastawem domyślnym właściciela, w razie niezapłacenia raty dzierżawnéj: *Eo jure utimur*, *ut*,

quae in praedia urbana inducto, illata snut, pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit (Neratius l. 4. D. 20. 2.)

Rzemieślnik niezapłacony za robotę, ma też zastaw domyślny na rzeczy do przerobienia lub ulepszenia mu oddanéj.

Kiedy depozytarjusz jest wierzycielem za straty, w skutek składu dla niego wynikłe, ma prawo zatrzymać rzecz złożoną, w skutek zastawu domyślnego, a przez to prawo zatrzymania rzeczy, zastaw ten jest podobnym do umownego. Lecz analogja daléj nie sięga i depozytarjusz niema przywileju, tak jak umowny zastawnik.

Znajdujemy też zastaw domyślny w zajęciu sądowém dóbr. Zajęcie to przymusowe, bo pomimo woli przeciwnéj dłużnika, tworzy zastaw *przymusowy: pignus coactivum.*

W prawie rzymskiém *pignus praetorium* i *judiciale*, odpowiadały zajęciu sądowemu prawa francuzkiego. Kiedy wierzyciel był wprowadzony w posiadanie w skutek *bonorum proscriptio*, to wprowadzenie w posiadanie, stanowiło *pignus praetorium*, po którém następowała: *venditio sub hasta. Piguus praetorium* zachodził także, gdy urząd nakazywał zajęcie przez *pignoris capio*, pewnych dóbr dłużnika skazanego, dla spowodowania możności wykonania wyrokn.

Zajęcie ruchomości lokatora, dla zapłacenia komornego nazywa się: *saisie-gagerie*, albo też tylko *gagerie*, ponieważ ruchomości te są uważane za zastaw specjalny długu. Są jednak ważne i wydatne różnice między zastawem umownym a domyślnym, tak, że nie można powiedzieć: *Eadem vis est taciti ac expressi.*

§ 4. *Zastaw ruchomy* (*gage*). Zastaw ruchomy to jest umowa, w skutek któréj dłużnik lub osoba trzecia, daje wierzycielowi przedmiot ruchomy, zmysłowy lub niezmysłowy, w celu przeniesienia nań prawa, zapłacenia sobie wartością tego przedmiotu, ustanowioną przez biegłych, z piérwszeństwem przed innymi wierzycielami (Art. 2073.)

Umowa ta więc wymaga jako warunków koniecznych do swego istnienia, zgody stron na oddanie wierzycielowi przedmio-

tu ruchomego i zamiaru zapewnienia mu prawa piérwszeństwa. Nie jest jednak koniecznie wymaganém aby sam wierzyciel był w posiadaniu przedmiotu zastawionego; strony mogą się umówić iż osoba trzecia, miéć będzie przedmiot pomieniony na składzie.

Istnienie jednego zastawu, nie stanowi przeszkody do nowego zastawienia tego przedmiotu, aby tylko drugi wierzyciel łącznie z piérwszym otrzymał posiadanie rzeczy, albo żeby ta była w posiadaniu osoby trzeciéj na wspólny rachunek. Wierzyciel w skutek zastawu nabywa praw następujących:

1. Prawa posiadania rzeczy; dłużnik nie może domagać się zwrotu, dopóki nie zapłaci całkowitéj wierzytelności, w całém znaczeniu tego wyrazu.

2. Przywileju na rzeczy danéj w zastaw, to jest że w razie nieuiszczenia się dłużnika, może sprzedać rzecz przez licytacyą publiczną i z ceny zaspokoić swą należność, z piérwszeństwem przed innymi wierzycielami.

3. Prawa żądania sądowego przysądzenia rzeczy na zapłatę długu, podług oszacowania przez biegłych. Jest to *datio in solutum*, dokonywające się *auctoritate judicis*.

Nieważną byłaby umowa zawiérająca zastrzeżenie, że w razie niezapłacenia przez dłużnika, własność zastawu należéć będzie do zastawnika jako *datio in solutum*, bez potrzeby oszacowania go przez biegłych i bez wyroku. Dozwolenie takiego zastrzeżenia, byłoby środkiem najusilniéj się przyczyniającym do rozszerzenia lichwy. Zastaw więc nie pozbawia dłużnika własności rzeczy zastawionéj, wierzyciel nie nabywa na niéj żadnego prawa używania lub użytkowania. Jednak jeżeli rzecz zastawiona jest wierzytelnością, wierzyciel ma prawo pobiérać od niéj procenty, z obowiązkiem potrącenia ich z procentami mu należnemi, lub téż na kapitał, w razie gdy jego wierzytelność nie przynosi procentu.

4. Prawo rewindykacyi czyli odebrania zastawu bądź od osoby trzeciéj, nawet w dobréj wierze będącéj, gdy ją zgubił, lub gdy mu była skradzioną. Kodeks nie wspomina o tém

prawie rewindykacyi, lecz wypływa ono z analogii art. 2102. K. C. udzielającego najmodawcy, wierzycielowi zastawnemu prawo rewindykacyi przedmiotów, wyniesionych bez jego wiedzy z domu lub folwarku wydzierżawionego.

Do jakiego terminu służyłoby mu to prawo? Najmodawcy służy dni 40 lub 15, odnośnie do tego, czy idzie o majątek wiejski lub miejski. Czy wierzyciel zastawny miałby tylko 15 dni?

P. Valette jest zdania, że służy mu trzy lata, a to wychodząc z zasady, że w razie niezastosowania terminu specjalnego, prawo ogólne stosować trzeba, a więc, gdy rzeczy zgubione lub skradzione rewindykowane być mogą w ciągu lat 3ch od daty zgubienia lub kradzieży, przepis ten i zastawnikowi służyć powinien.

Jus pignoris jest niepodzielne, mimo podzielności długu kończy się z umorzeniem całkowitém wierzytelności, któréj najmniejsza nawet część, na całości zastawu jest zabezpieczona.

Dla możności dania przedmiotu w zastaw, trzeba być jego właścicielem; jednakże wierzyciel który w dobréj wierze otrzymał od dłużnika przedmiot, którego ten nie był właścicielem, może odmówić wydania go właścicielowi, wyjąwszy przypadki zgubienia lub kradzieży. Ważność umowy zastawu co do skutków jéj między stronami, nie podlega żadnym formalnościom. Prawo jednak piérwszeństwa daje ona wierzycielowi zastawnikowi, tylko w następnych warunkach:

1. Kiedy wierzytelność zabezpieczona i wartość zastawu, przenoszą razem wzięte 150 franków, umowa winna być stwierdzona przez akt autentyczny, albo z podpisem prywatnym, należycie zarejestrowany.

2. Akt wymagany w podobnych razach winien zawiérać wzmiankę o wysokości wierzytelności; oznaczenie szczegółowe gatunku i natury przedmiotów w zastaw danych, wskazanie ich przymiotów, wagi, miary, jeżeli wskazówka ta jest konieczną dla określenia ich indywidualności. To oznaczenie może być ważnie uczynione w odrębnym akcie,

aby tylko był to akt autentyczny lub zarejestrowany. Jeżeli oznaczenie przedmiotów danych w zastaw, jest skutecznym tylko co do piérwszych. Zresztą nie jest potrzebne określenie natury wierzytelności zabezpieczającéj się, termin jéj wymagalności, formy i daty aktu ją stwierdzającego.

Formalności specjalne, wymagane przez art. 2074, do ustanowienia przywileju z zastawem związanego, nie mogłyby być zastąpione skutecznie, przez akt pozornéj sprzedaży, choćby ten akt był zarejestrowany i nastąpiło *wręczenie (tradition)*.

3. Jeżeli przedmiot zastawu jest wierzytelnością, umowa winna nie tylko być stwierdzona aktem autentycznym lub z podpisem prywatnym należycie zarejestrowanym ale jeszcze winno nastąpić zawiadomienie dłużnika wierzytelności dané w zastaw i ta podwójna formalność, jest wymaganą nawet, wówczas, kiedy wartość wierzytelności zastawionéj i zobowiązania zabezpieczonego przez nią, nie przechodzi 150 franków.

Te same zasady stosują się przy daniu w zastaw akcyi przemysłowych lub handlowych, z wyjątkiem jeśli są w obiegu przez indos. Akceptacja zastawu uczyniona w akcie autentycznym przez dłużnika wierzytelności zastawionéj, wyrównywa zawiadomieniu przepisanemu art. 2175. To zawiadomienie w wypadku upadłości, może ważnie mieć miejsce nawet względem wierzycieli upadłego, po zawieszeniu wypłat, byle tylko było uczynione przed wyrokiem uznającym upadłość.

4. Potrzeba aby wierzyciel, lub umówiona między nim a dłużnikiem osoba trzecia, był wprowadzony i pozostawał w posiadaniu przedmiotu zmysłowego danego w zastaw, lub też aktu stwierdzającego wierzytelność, gdy ta zastawiona została. To posiadanie winno być rzeczywiste w myśl art. 1141.

Kiedy przedmiot na którym zastaw został ustanowiony, nie był wręczony samemu wierzycielowi, nie wystarcza że się

on znajduje w rękach osoby trzeciej, potrzeba aby ona utrzymała polecenie, zachowania go w interesie wierzyciela. Nie jest przecież koniecznem, aby uznanie przyjęcia zastawu przez trzecich było stwierdzone aktem z datą pewną, przed wszelkim sporem co do skuteczności zastawu. Nie jest również wymaganém aby, w razie zastawienia wierzytelności, zwrot tytułu byl towarzyszony aktem stwierdzającym to.

Wierzyciel którýby oddał przedmiot zastawiony trzeciemu, w skutek umowy zobowiązującéj tego ostatniego do zwrotu, winien być uważany za ciągle posiadającego. Tak samo by było gdyby wierzyciel stracił przedmiot, lub gdyby mu go skradziono.

Czy dłużnik jest uprawniony do przeciwstawienia zastawnikowi pokwitowań, niemających daty pewnéj, wcześniejszéj od zawiadomienia o zastawie? To samo pytanie nasuwa się kiedy wierzytelność została cedowana; czy scedowany może przeciwstawić cessjonarjuszowi pokwitowania nie mające daty pewnéj, wcześniejszéj od cessyi?

Według ścisłéj interpretacyi prawa, pytanie to musiałoby być rozwiązane na korzyść zastawnika i cessjonarjusza.

W istocie, akty z podpisem prywatnym, nie mające daty pewnéj nie wzbudzają wiary u osób trzecich; zastawnik i cessjonarjusz są osobami trzeciemi, ponieważ nie podpisywali pokwitowań im przedstawionych.

Praktyka jednak przyjęła, że pokwitowania nie zarejestrowane, mogą być stawione względem cessjonarjusza i zastawnika. Ten wyjątek od ogólnéj zasady, był przyjęty w dawném prawie i nic nie dowodzi aby kodeks go zniósł.

Zastosowanie ścisłe art. 1328 pociągałoby obowiązek zarejestrowania wszelkiego pokwitowania, nawet z małych summ, co byłoby powodem wielu kosztów i przeszkadzałoby szybkości tak użytecznéj w rozwoju handlu. Jednak niektórzy dopuszczają to odsąpienie od art. 1328 tylko w wypadku w którym dłużnik wierzytelności zastawionej lub ustąpiąnéj,

przedstawił pokwitowania w sam dzień zawiadomienia o zastawie lub cessyi.

Kiedy dłużnik daje w zastaw rzecz ruchomą, do niego nie należącą, czy wierzyciel nabywa względem niéj prawo zastawu? Tak, jeżeli jest w dobréj wierze, a rzecz nie została zgubioną lub skradzioną.

W istocie bowiem, kiedy prawo proteguje nabywcę mniemającego iż nabywa prawo własności, winno popiérać i uważającego się za nabywcę prawa zastawu. Może on więc, jako nabywca w dobréj wierze powoływać się na zasadę (2279): *odnośnie do ruchomości posiadanie starczy za tytuł.*

Wierzyciel zastawny ma prawo zatrzymać przedmiot w zastaw dany, aż do całkowitéj zapłaty wierzytelności. Może nawet w razie gdyby dłużnik od czasu ustanowienia zastawu zaciągnął u niego nowy dług, który był wymaglnym przed dawniejszym, zatrzymać przedmiot zastawiony, aż do uiszczenia całkowitego obydwóch wierzytelności. Ma to miejsce chociażby wymagalność piérwszego długu, uprzedziła wymagalność drugiego, byle tylko faktycznie piérwszy należał się w chwili kiedy drugi stał się wymagalnym, (Art. 2082 u.

Zastaw jednak domyślny dopuszczony w takim razie, nie daje przywileju piérwszeństwa przed innymi wierzycielami i daje tylko samo prawo posiadania (*detentio).*

Prawo posiadania wierzyciela jest niepodzielne, ponieważ dotyczé każdego i każdéj części przedmiotu w zastaw danego i ponieważ istnieje w całości, aż do całkowitego zapłacenia wierzytelności, na zabezpieczenie któréj zastaw ustanowiono.

To prawo, które z natury swej ma skutek tylko względem dłużnika, nie pozbawia innych wierzycieli prawa sprzedania przedmiotu zastawionego i mogą zeń korzystać, nie potrzebując wynagrodzić poprzednio dzierżącego zastaw. Prawo tego ostatniego ogranicza się jedynie do przywileju na cenie przedmiotu, jeżeli przywilej ten istnieje.

Zdanie to jednak, iż zastaw domyślny daje tylko prawo

dzierżenia (detentio) rzeczy, jest zaprzeczane (*Mourlon* t. 3, str. 488).

Inni bowiem utrzymują, iż zastaw domyślny, daje te same prawa jak zastaw wyraźny, opierając się na wyrazach: „Wówczas nawet, gdyby nie było żadnego zastrzeżenia, co do obrócenia zastawu na zabezpieczenie zapłaty drugiego długu.“

Wierzyciel może dla otrzymania przypadającéj mu należności, spowodować sprzedaż przedmiotu zastawnego, drogą publicznéj licytacyi, albo też żądać zasądzenia sobie własności przedmiotu, po dokonaniu oszacowania jego przez biegłych. Niema prawa przywłaszczania go sobie lub rozporządzania nim według swéj woli. Prawo unieważnia nawet wszelką umowę przez którą dłużnik upoważniłby wierzyciela, do przywłaszczenia sobie zastawu, albo też do sprzedania go, bez zachowania wskazanych formalności. Zresztą sprzedaż zastawu przez dłużnika wierzycielowi bądź przed, bądź po wymagalności długu, jest ważną, wyjąwszy wypadek oszukaństwa.

Wierzyciel jest upoważniony do żądania zwrotu wydatków, bądź dla zachowania rzeczy, bądź dla jéj ulepszenia, a to, pierwszych w całości, drugich zaś do konkurencyi podniesienia wartości rzeczy. (Art. 2080, nr. 2). Może również wymagać zwrotu szkód i strat spowodowanych posiadaniem przedmiotu zastawionego.

Umowa zastawu nie daje wierzycielowi, z wyjątkiem zastrzeżenia przeciwnego, żadnego prawa do używania lub użytkowania z przedmiotu zastawionego.

Dłużnik więc może się sprzeciwić, aby wierzyciel używał przedmiotu, lub pobierał z niego przychody, i jeżeli ten ostatni miał jakie emolumenta, winien się z nich wyrachować dłużnikowi. (Art. 2079). Jednakże jeżeli przedmiotem zastawu jest wierzytelność przynosząca procent, wierzyciel może go pobierać, z obowiązkiem zaliczenia na przypadającą mu należność. (Art. 2081).

Dopóki wierzyciel jest w posiadaniu zastawu, należność jego nie ulega przedawnieniu.

Wierzyciel obowiązany jest do zachowania przedmiotu zastawionego, dokładania starań dobrego ojca familii i odpowiada za stratę jego, w razie niewykonania tego obowiązku, lub za zmniejszenie jego wartości z téjże saméj przyczyny.

Powinien po uiszczeniu należności zwrócić zastaw dłużnikowi ze wszystkiemi akcesoryami, od czasu umowy z przedmiotu otrzymanemi, lub które otrzymane być mogły od tego czasu. (Art. 2082).

Dłużnik znów ma prawo, nawet przed zapłaceniem wierzycielowi, żądać zwrotu zastawu, jeżeli ten używa go bez upoważnienia, lub też nadużywa. (Art. 2082).

Skarga dłużnika o zwrot zastawu a w jéj następstwie o wynagrodzenie w braku przedstawienia przedmiotu zastawionego, przedawnia się od chwili zapłacenia długu. Przepisy Kodexu Cywilnego o zastawie ruchomym nie stosują się w materyach handlowych. Tak więc przywiléj jaki komisant handlowy nabywa na zabezpieczenie swoich zaliczeń, na towarach które jest obowiązany sprzedać, istnieje, chociaż rzeczy nie są w jego posiadaniu i niezależnie od aktu zawierającego warunki. (Art. 2074).

Nie stosują się też one do instytucyi, które pod nadzorem władzy publicznéj, upoważnione są do pożyczania na zastaw, domy te poddane są szczególnym przepisom.

§ 5. *Zastaw antichretyczny* (*nieruchomy*). Zastaw antichretyczny jest zastawem *sui generis*, nie dla przedmiotu swego, lecz ze względu na korzyści jakie przedstawia wierzycielowi, który dochodami z nieruchomości sam sobie opłaca procenta. Wyraz grecki *antichresis*, oznacza według znacznéj liczby prawników używanie dane wierzycielowi: *mutuus pignoris usus pro credito*, inni nazywają to pożyczką wzajemną: *contrarum mutuum*.

Antichresis doskonale została scharakteryzowaną przez *Marcyana*: dłużnik daje wierzycielowi używanie nieruchomości, ten pobiera z niéj płody za procenta i ma posiadanie *loco pignoris*, aż do zwrotu jego należności.

Zastaw nieruchomy nie jest elementem kredytu handlowego, dlatego też handel nigdy nie wycisnął piętna swéj oryginalności na umowach hipoteki i zastawu antichretycznego. Hipoteka i zastaw ten nie dłużni są w niczem prawu handlowemu, przeciwnie zaś zastaw ruchomy winien mu jest obszerny rozwój i zastosowania pełne nowości.

Lecz gdy umieszczam hipotekę i zastaw ten w jednym rzędzie, nie chcę przez to powiedzieć, że te dwie umowy przedstawiają kredytowi cywilnemu środki równe w potędze.

Antichresis odejmująca dłużnikowi posiadanie nieruchomości jest niemowlęctwem kredytu, hipoteka zachowująca mu toż posiadanie jest genialnym kredytu rozwojem. Rzym nie znał hipoteki, kiedy już od wieków, dłużnicy chcący pożyczyć na zastaw nieruchomy, zmuszeni byli wyzuć się z pola ojczystego przez fiducyę, rodzaj sprzedaży z prawem odkupu a poprzedniczkę antichresis.

Nie zajmowano się hipoteką za czasów *Piotra des Fontaines* i *Beaumanoir'a*; zastawy nieruchome przeciwnie praktykowały się wtedy bardzo często. Im więcéj zagłębimy się w wieki barbarzyństwa i nieufności, tém bardziéj będziemy oddalać się od hipoteki. Nasz wiek za nadto posunięty jest w pojmowaniu prawdziwych zasad ekonomicznych zastosowanych do prawa, aby nie miał przekładać hipoteki, nad uciążliwe kombinacye zastawu antichretycznego. Ten ostatni, wymaga od poczucia własności za nadto wielkiego poświęcenia, ma wszystkie niedogodności sprzedaży, w połączeniu jeszcze z przykrą niepewnością o los rzeczy. Przytém jest niekorzystny dla rolnictwa, nie zapewnia mu ani obfitych kapitałów ani zachęty. Często też spotkać w nim można wybieg kryjący lichwę lub uciążliwe warunki. Przytem wszystkiem

jednak, zastawy nieruchome, z wyzuciem z posiadania połączone miały dobry wpływ chwilowo. Średnie wieki pozbawione handlu i najeżone nieufnością przyczyniły się niezmiernie do jego rozwielmożnienia.

Historya feudalizmu przedstawia nam ogromne przestrzenie gruntu, będące w rękach panów i klasztorów. Tam to były nieprzebyte rozciągłością swą lasy, których posiadanie było oznaką wyższości prawie królewskiéj; bagna niezdrowe, pastwiska nieprodukcyjne i zapuszczone, ziemie jakkolwiek dobre do uprawy, lecz nie uprawne, bo niewolnicy choć w znacznéj liczbie, nie byli w stanie uprawić je tak jak drobny właściciel; zamki przeznaczone na obronę miast i wiosek posiadane przez potęgę feudalną, uciskającą osoby i rzeczy.

Lecz w pośród takich bogactw, pieniądz był rzadki, i nic dziwnego. Przychody opłacane były w naturze, czynsze były małe, a handel w pośród licznych przeszkód, nadawał słaby ruch wymianie.

A tymczasem panowie feudalni uczuwali potrzebę pieniędzy; skarb pana wolno i cierpliwie powiększany oszczędnością, udręczeniami poddanych i zdzierstwem, nie mógł także wystarczyć, jakim więc sposobem dostać pieniędzy? Zaufania nie było, kapitaliści prawie wszyscy żydzi lub cudzoziemcy, odpłacali się okropną lichwą za pogardę w opinii i zdzierstwa panów i xiążąt, gotówka chowała się i trzeba było wielkiego bezpieczeństwa i zachęty, aby wydobyć ją z ukrycia, tem bezpieczeństwem i zachętą była *ziemia*.

Dzieje wieków średnich przedstawiają nam na licznych stronnicach ciekawe fakty, jak panowie feudalni, książęta, biskupi, zastawiali przestrzenie ziemi dla dostania pieniędzy. Epoka wojen krzyżowych dodała nowe przyczyny do powiększenia się umów o zastaw nieruchomy.

Wydatki na jakie te odległe wycieczki naraziły ówczesne rycerstwo, przewyższały zwykłe jego środki i zasoby.

Trzeba było pożyczyć i zastawy antichretyczne stały się liczniejsze jak kiedykolwiek.

Własnością antichresis jest potrącanie przychodów na procenta, kiedy zaś zastrzegano że płody będą potrącane na kapitał, nie był to zastaw antichretyczny ale zwyczajny.

Opinją najpowszechniéj przyjętą pomiędzy prawnikami jest, że u Rzymian antichresis nie ulegała ograniczeniem stopy procentowéj. Przychody z rzeczy wówczas nawet, kiedy były większe jak procenty od wierzytelności, w całości pobiérane były przez wierzyciela. Za powód tego dają prawnicy że dochody z nieruchomości mają w sobie coś losowego, czasem są żadne, albo bardzo małéj wartości i szansa z tych lat, winna kompensować szansę dobrych. „*Obtentu majoris percepti emolumenti, propter incertum fructum, rescindi placita non possunt*, mówi cesarz Filip.

Justynjan biorąc na uwagę stan rolników we Francyi, wzbronił wierzycielom czynienia z nimi umów antichretycznego zastawu. Prawo kanoniczne było surowsze, potępiło go; potrącać przychody na procenty, byłoby to dopuścić iż procenta mogą być zastrzeżone, a prawo kanoniczne nie dopuszczało téj możności. Papież Marcin V był zmuszony wystąpić przeciwko umowom antichretycznym, które często zawiérały kapituły i klasztory, dla zabezpieczenia sobie lichwiarskich procentów.

Dwa wypadki jednak były wyłączone: piérwszy miał miejsce kiedy wassal dawał suzerenowi w zastaw antichretyczny rzecz pochodzącą od niego, w takim bowiem razie wassal wolny był od usług, temuż ratione feudi należnych, w ówczas przypuszczano że suzeren pobiérał przychody nie *loco usurarum, sed vice servitii*. Drugi miał miejsce, kiedy teść dawał nieruchomość na zastaw nieruchomy zięciowi swemu, na pewność obiecanego posagu. Przychody pobrane przez zięcia, nie były potrącane na procent od kapitału, uważano je za dochód na utrzymanie gospodarstwa.

Te przepisy prawa kanonicznego miały powagę we Francyi, zastaw antichretyczny był tam prawie ogólnie potępiony. Mimo zastrzeżenia że wierzyciel pobiérałby przychody zamiast procentów, dłużnik jednak miał prawo żądać od wierzyciela zdania mu rachunku z płodów pobranych.

Prawo ogólne francuzkie uznawało tylko *vif-gage* (zastaw żywy), t.j. taki który uiszczał sie sam przez się, a w którym wierzyciel brał przychody na umorzenie długu.

Zastaw ten (vif-gage) był bardzo używany we Francyi.

Co do zastawu antichretycznego, nazywano go w Bretanii *engage* a ogólniéj we Francyi, *mort-gage*, ponieważ przychody należały do wierzyciela bez potrącenia ich na kapitał Zastaw ten jako lichwiarski dopuszczany był tylko w tych wypadkach, w których prawo kanoniczne dopuszczało użycia go np. przy wydawaniu za mąż córek.

Mort-gage uchodził nawet za umowę tak zbrodniczą, że ten który był przekonany o wykonywanie jéj przez rok, przy wyjściu miéwał konfiskowane wszystkie ruchomości. Znajdowały się jednak pewne wyjątki i zastaw autichretyczny był używany w tych prowincyach, gdzie jurisprudencja dopuszczała pożyczki procentowe. *Mort-gage* miał cechy zastawu anti-chretycznego, wierzyciel zastawnik posiadał prekaryjnie a nie pod tytułem właściciela.

Nie należy mieszać z zastawem antichretycznym umowę zwaną: *engagement*, używaną przez książąt i panów, która nadawała pewien ruch własności nieruchoméj. Engagement więcéj zbliża się do *mort-gage* aniżeli do *antichresis*. *D'Aguesseau* twierdzi przeciwnie, utrzymując że to jest jedno i to samo. Tymczasem engagement było natury nieruchoméj w rękach zastawnika, zastaw zaś antichretyczny dawał wierzycielowi tylko prawo ruchome. Zastawnik (engagiste) korzystał ze wszystkich praw przywiązanych do rzeczy, mógł ustąpić swe prawa, słowem miało to charakter rzeczowości, któréj antichresis była pozbawiona.

Słusznie téż zwyczaj Troyes, kładzie engagement na równi ze sprzedażą z możnością odkupu.

Wiadoma jest różnica zastawu antichretycznego od sprzedaży z możnością odkupu, engagement zaś jako rodzaj zastawu a więc nie mający charakteru kupna, przez swój charakter rzeczowy więcéj się zbliża do antichresis.

Umowa zastawu zwanego engagement, była najczęstszą w dawnem prawie francuzkiem. Książęta i panowie przyciśnięci potrzebą dawali ziemie swe na ten zastaw, zastrzegając możność odkupu

Dyplomatyka średnich wieków a nawet czasów późniejszych, przedstawia massę umów tego rodzaju, szczególniéj znajdujemy to w historyi biskupów: *Metz*, *Toul* i *Verdun* oraz w historyi książąt Lotaryngii. Z upływem czasu, gdy wiele tytułów zaginęło, posiadacze przeszli z posiadania prekaryjnego, do charakteru niewzruszonych właścicieli. Często téż panowie, pozbawieni zasobów pieniężnych, zaniedbywali korzystania z możności odkupu. Nie wynika ztąd aby zastawnik przedawniał przeciwko swemu tytułowi, ale tylko że dla wątpliwości w tytułach istniejących, przedawniał tylko odnośnie do możności odkupu, która jako taka zawsze przedawnieniu uległa.

Wróćmy teraz do zabraniania zastawu antichretycznego przez dawne prawo. Wszystkie przeszkody rozumnéj wolności zawierania umów stawione, wywołują nieposłuszeństwo. Zastaw antichretyczny, miał dobrą stronę w niewiązaniu dłużnika zastrzeżeniami i w zasłanianiu go od rujnującéj egzekucyi, bardzo u chciwych prawników XV i XVI wieku w użyciu będącéj.

Praktyka wiec szukała środków zaradzenia temu zakazowi środkiem tym był *contractus pignoratitius*, który według dawnych autorów, brany jest za jedno ze sprzedażą z możnością odkupu. Czemże więc on jest w odróżnieniu od takiéj sprze-

daży? jest skomplikowaną kombinacyą. Wierzyciel nabywał nieruchomość za nizką cenę z możnością odkupu, dawał ją w dzierżawę sprzedawcy, który płacił tytułem czynszu dzierżawnego oznaczoną summę.

Umowa dzierżawy towarzysząca téj umowie, była tylko środkiem zapewnienia wierzycielowi procentu. Jest wydatna rożnica między taką umową obciążającą (contractus pignoratitius), a sprzedażą z prawem odkupu. Ta ostatnia zawiéra alienację rzeczy, podczas gdy piérwsza jéj nie zawiéra, wolą stron nie jest tu umawianie się o sprzedaż, ale o pożyczkę i o jéj ubezpieczenie. Czemże więc ostatecznie jest contractus pignoratitius? jest to umowa realizująca warunki prawdziwego zastawu antichretycznego. Prawda że ostatni pozostawiał wierzycielowi pobieranie płodów z rzeczy, tu zaś dłużnik pobiéra sam przychody i płaci procenta, lecz zauważyć należy że nie miał posiadania *ut dominus*, ale tylko prekaryjnie od zastawnika jako swego najmodawcy i przedstawiciela.

Parlament Paryzki przez *arrêt de règlement* z 29 Lipca 1572 r. zakazał tego rodzaju umów. Późniéj jednak po przeniesieniu parlamentu do Tours, jak mówi p. *Merlin*, jurisprudencja jego stała się przychylniejszą dla contractus pignoratitius i przyjęła go jako obciążenie nieruchomości. Jurisprudencja tylko, oddaliła odeń wszelkie zastrzeżenia dodatkowe; wierzyciel był zmuszony udać się do sądu, chcąc sprzedać rzecz i zaspokoić swoją należność. Widzimy z tego charakter dawnego prawodawstwa; wszędzie, gdzie pożyczka procentowa była zabroniona, zabronionym był i zastaw antichretyczny i chociaż starano sie go zastąpić umowami simulowanemi, wyroki usuwały z całą surowością wszystko, co sprzyjało naruszeniu przepisów prawa kanonicznego.

Zastaw antichretyczny nie istniał w projekcie Kodexu Cywilnego, mogło to stać się tylko w skutek zapomnienia, gdy bowiem pożyczka procentowa została przyjęta przez prawodawstwo od roku 1789, dlaczegożby zastaw ten nie miałby

być dozwolony. Większa część trybunałów żądała go i życzenie ich zostało spełnione. Wszystko co dąży do ułatwienia umów, zwiększenia i zapewnienia środków zwolnienia się, jest użyteczném społeczeństwu i służy zarazem wierzycielom i dłużnikom. Pod tym względem zastaw antichretyczny słusznie znalazł miejsce w kodeksie.

Definicja art. 2085 wskazuje że zastaw ten ma skutki nie tak stanowcze jak zastaw ruchomy. Nie opiéra się on tu na rzeczy, lecz na jéj przychodach zobaczymy poźniéj następstwa tego położenia.

Umowa ta domniemywa objęcie rzeczy w posiadanie, ponieważ zaś ma na celu zapewnienie wierzycielowi używania rzeczy (Championniere i Rigaud t. 4 Nr 319), Rzymianie nazwali umowę tę: *contractus ad gaudendum.*

Definicja art. 2085 odróżnia znacznie zastaw ten od antichresis w prawie rzymskiém.

W prawie tém cechą charakterystyczną było potrącanie przychodów na procenty; każdą razą kiedy wierzytelność nie przynosiła procentów a zastawiona nieruchomość dawała przychody, które przez wierzyciela obracane były na umorzenie kapitału, była to umowa zastawu nieruchomego, nie mająca szczególnéj nazwy. Dziś zastaw antichretyczny jest rozciąglejszy, obejmuje w sobie i wypadek, w którym przychody potrącają się na kapitał jak to widoczne jest z art. 2085.

Zastaw antichretyczny musi być stwierdzony przez pismo; to wymaganém jest nietylko względem trzecich ale i względem dłużnika.. Utrzymywano że dowód piśmienny ograniczony jest do stosunku wierzyciela z osobami trzeciemi. Lecz art. 2085 jest ogólnym, niema w sobie ograniczeń art. 2074, urządza on jak ztąd płynie stosunki stron kontraktujących.

P. *Berlier* mówił dobrze (*Fenet. t. 15 s. 211*):

„wówczas nawet gdyby przedmiot zastawiony wart był

mniéj niż 150 franków, nikt nie może się utrzymać przy nim w brew woli właściciela, przytaczając umowy słowne, które w téj materyi mogłyby stać się powodem wielkiego zamieszania".

Gdy dłużnik przyznaje istnienie zastawu, brak pisma nie unieważnia umowy, pismo bowiem wymagane jest tu tylko jako dowód a nie jako istotny warunek ważności. Zastaw nieruchomy jest doskonałym przez rzecz, wymaga jéj wydania, nie jest umową zupełnie dwustronną i art. 1325 nie ma doń zastosowania. Może być ustanowiony przez mającego prawo do przychodów, a więc mąż pobierający przychody z posagu podczas małżeństwa, ma prawo dać w zastaw antichretyczny dobra posagowe swéj żony; lecz gdyby nastąpiła separacya, po rozwiązaniu praw męża zastaw ustaje od czasu separacyi. Użytkownik może także dać w zastaw swe prawa (Zachariae t. 3, str. 175, § 437 nota), ponieważ może je nawet hipotekować. Lecz czy mający tylko władzę zarządu mocen jest ustanowić zastaw antichretyczny?

Zastaw ten, jak to już było powiedziano wyżéj, odnosi się do przyszłości, zawiera bowiem ustąpienie przychodów na czas mniéj lub więcéj długi. Jestto sprzedaż, rozrządzenie raczéj, aniżeli czynność zarządu. Ustąpienie takie przychodów mogłoby być czynem zarządu, gdyby się odnosiło do płodów już pobranych, albo gotowych do pobrania. Jeżeli dzierżawa jest wyjątkiem od téj reguły, to dlatego, że jest obowiązkiem produkcyjnym i srodkiem nadania rzeczy wartości. Dzierżawa też gdyby przechodziła lat 9, byłaby czynnością rozrządzania.

To było powodem postanowienia, że żona przy rozdziale majątkowym nie może podług art. 1449 Kodexu Cywilnego rozporządzać swemi ruchomościami, bez upoważnienia męża ani dać swe dobra w zastaw antichretyczny. Co jest zgodnem z art. 217 tegoż prawa, który chce aby żona nie mogła darować, alienować, hipotekować i t. p., bez zezwolenia męża.

Art. 1449 upoważnia do alienowania ruchomości o tyle, o ile to będzie czynnością zarządu, ustąpienie przychodów przyszłych jest czynnością zużycia ich a nie zarządzaniem niemi. Dzierżawa więc przenosząca 9 lat byłaby żadna przy braku upoważnienia, przeto i alienacya tytułem zastawu przychodów z nieruchomości, winna być uważaną za przechodzącą zdolność żony, i nie będącą czynem zarządu. Tym więcéj gdy zastaw uczyniony został na czas nieograniczony, im bardziéj bowiem się przedłuża, tym bliższy jest aktów zawierających alienacyę. Tak samo gdy żona ustąpiła należące do niéj użytkowanie.

Z drugiéj znów strony, ktokolwiek ma prawo rozrządzania, ma też prawo dania na zastaw antichretyczny: *Quod emtionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest.*

Racyonalnie wypływa ztąd, że kiedy umowa przedślubna zawiera możność alienowania majątku posagowego, żona, która za zgodą męża mogłaby sprzedać, tém bardziéj może dać w zastaw antichretyczny. Tymczasem jurysprudencya Sądu Kassacyjnego postanowiła inaczéj, opierając się na *Senatus Consultum Vellejanum*, niedozwalającem żonie zastawiać dóbr posagowych, przy pozostawieniu jéj jednak możności sprzedaży, Sąd jednak Appellacyjny w Rouen inaczéj postanowił.

Choć zastaw antichretyczny jest umową rzeczową tojest doskonałą przez rzecz, to nie nadaje on jednak prawa rzeczowego, nie stanowi rozcząstkowania własności, jest tu charakterystyczna różnica od zastawu ruchomego dającego prawo rzeczowe do rzeczy i od *pignus* nieruchomego w prawie rzymskiem, z którem łączyło się też prawo rzeczowe (jus in re).

Antichresis dając wierzycielowi jedynie prawo do przychodów, zapewnia mu tylko prawo ruchome, uważanym więc być powinien za zastaw ruchomy, do nieruchomości bowiem przynoszącéj płody nie ma żadnego prawa rzeczowego,

a gdyby jakim sposobem posiadanie jéj utracił, ma tylko skargę osobistą względem dłużnika co do należących się przychodów. Z tago to powodu zastaw taki nie może być hipotekowany.

Chociaż zastaw antichretyczny nie jest umową niedozwoloną, zdarza się jednak często i teraz, ze strony starają się ukryć go, pod formami alienacyi, a to dla nadania mu skutków prawa rzeczowego na nieruchomości. Jakkolwiek zastaw antichretyczny nie powinien być mieszany ze sprzedażą i innymi umowami przenoszącemi własność, uznać jednak należy, iż ma styczność z daniem na zapłacenie (*datio in solutum*), uskuteczniającem się za pomocą przychodów. danie zaś na zapłacenie jest assymilowane ze sprzedażą. To jednak nie odejmuje mu charakteru przeważnie w nim tkwiącego: ubezpieczenia dostarczonego wierzycielowi; tu nawet przeciwnie, posiadanie rzeczy dane jest dlatego, aby nadać temu bezpieczeństwu wierzyciela więcéj charakter rzeczowy.

Pobieranie przychodów przez zastawnika, może się odbywać w sposób dlań najdogodniejszy. Może sam ziemię uprawiać, może dać ją na kolonie (*colons partiaires*), może sam zamieszkiwać dom zastawiony, może go urządzić w sposób najodpowiedniejszy jego interesom, byleby się zachowywał jak dobry ojciec familii. Zastawnik jest tu niejako pełnomocnikiem zastawcy, który chociaż jest właścicielem, ustępuje mu jednak korzyści, jest on: *procurator in rem suam*.

Nie jest zawsze koniecznem aby zastawnik zdawał rachunek z przychodów; gdy przychody mają być potrącone na procent, a są wyższe od tego ostatniego, wtedy rachunek jest konieczny. Definicya art. 2085 nie potrzebuje być powtarzaną w umowie zastawu antichretycznego. Gdy przychody są wyższe od procentów, przewyżka musi być zaliczoną na kapitał, tak chce mieć wyż przytoczony artykuł; dla usunięcia tego domniemania potrzeba osobnego zastrzeżenia w umowie, że przychody będą kompensować tylko

procenta, nie potrzeba wtedy zastrzeżenia że przychody będą potrącane na kapitał. Proudhon mniema, że w razie takim kiedy wierzytelność stanie się wymagalną w chwili ustanowienia zastawu, fakt sam ustanowienia, powinien domniemywać, iż strony chciały, aby wierzytelność stała się na przyszłość produkcyjną przez procenta za zwłokę, inaczéj bowiem, powiada Proudhon, wierzyciel działałby na swą niekorzyść zezwalając na odbiór kapitału swego częściami. Ten sposób widzenia, w obec wyraźnego brzmienia art. 2085 i zasad ogólnych o pożyczce procentowéj i procentach moratoryjnych, ostać się nie może.

Zastawnik jest obowiązany ponosić ciężary z nieruchomości jak podatki i t. p., lecz ponosi je z przychodów: *Fructus intelligendi non sunt, n si impensis deductis.* Zastawnik nic nie traci, potrzeba aby zapłacono mu wszystko co mu się należy. Gdy przychody roku nieszczęśliwego były takie, iż po opłaceniu podatków i t. p. ciężarów, nie wystarczyłyby na procent; w takim razie robi się rachunek, odnoszący się do roku następnego. Kiedyby nawet wypadkiem siły większéj, niemożebnem się stało umorzenie całkowite długu przychodami, wierzyciel miałby w takim razie: *actionem pignoratitiam contrariam.* Tak samo co do napraw koniecznych i użytecznych; gdyby zastawnik zaniedbał tych napraw i gdyby przez swe niedbalstwo sprawił szkodę, jest odpowiedzialnym nawet za winę lekką, tojest za zaniedbanie pilności *quam bonus pater familias suis rebus adhibere solet.* (Ulp. l. 13, § 1, D. de pign. acti). Również jest odpowiedzialnym, gdyby nie zachował praw służących rzeczy zastawionéj, gdyby naprzykład spowodował ustanie służebności czynnych przez niewykonanie ich: *Etsi praedium fuit pignoratum, de jure ejus repromittendum est, ne forte servitutes cessante uti creditore, amissae sint.* (Ulp. l. 15, D. l. c.). Nie wpływa na to wzgląd, że wierzyciel nie wzbogacił się przez to. Twierdzenie jednak takie, można z Azonem i Accursiuszem uważać wtedy za możliwe do zastosowania, kiedy wierzyciel wie-

dział o istnieniu służebności. Niedbalstwo wyłącza niewiadomość, dając przeciwne domniemanie, inaczéj wina spada na dłużnika. Z możności zastawnika czynienia napraw koniecznych i użytecznych nie wypływa jeszcze to, aby w rzeczy zastawionéj, mógł czynić zmiany, zbyt ważne, w takim razie bowiem, utrudnia dłużnikowi odebranie jego własności: *Medie a judice haec erunt discipienda, ut neque delicatus debitor, neque onerosus creditor audiatur.*

Nieruchomość zastawna pozostaje w rękach wierzyciela aż do uiszczenia całości długu i dłużnik nie może żądać jéj zwrotu na zasadzie iż mała tylko jeszcze część długu nie została spłacona, albowiem rzecz zastawna służy na zabezpieczenie całości jak i części a nawet kosztów i procentów.

Jeśliby przed uiszczeniem pierwszego długu zaciągnięto drugi, w takim razie idąc za przykładem prawa rzymskiego, uważać należy, iż rzecz zastawna służy też na zabezpieczenie drugiéj wierzytelności, domniemywa się bowiem, iż wierzyciel uważał tę rzecz za zastaw dla drugiéj pożyczki, kiedy nowego zabezpieczenia nie żądał. Odnosi się to jednak tylko do stron kontraktujących.

Dłużnik na zasadzie że wierzyciel przez długi czas nie upomina się o swą należność nie może zasłaniać się przedawnieniem, posiadanie bowiem rzeczy zastawnéj broni wierzyciela od przedawnienia. Lecz wzajemnie skarga dłużnika o wydobycie rzeczy zastawnéj jest nieprzedawnialna. Jeżeli jednak przyczyna posiadania uległa zmianie w przypadku przewidzianym art. 2238 Kodexu Cywilnego, wierzyciel może przedawnić przeciwko skardze o zwrot rzeczy zastawionéj.

Co się tycze drugiéj części artykułu, mówiącéj o możności wierzyciela zwolnienia się od uciążliwego dla siebie zobowiązania, to pewnem jest, powiada p. *Gary*, że za wyjątkiem przeciwnych zastrzeżeń, nie można być zmuszonym do wykonania umowy, którą się zawarło dla swego bezpieczeństwa i korzyści. Gdyby więc posiadanie rzeczy przyno-

siło wierzycielowi zamiast korzyści same niedogodności, może się zwolnić ustąpiwszy posiadanie dłużnikowi. Zrzeczenie się takie nie pozbawia zastawnika jego należności, bo zastaw jest umową dodatkową.

Tak więc zestawnik może się zrzec posiadania, wyjąwszy zastrzeżenie przeciwne. Może być nawet umówionem że w wypadku gdy wydatki przewyższać będą przychody, wierzyciel zachowa rzecz w posiadaniu, bądź z własną stratą, bądź z możnością spłacenia przewyżki przychodami lat następnych. (Delvincourt t. I, str. 416, nota).

Zastawnik nie może przedawnić rzeczy przez siebie posiadanéj, tytuł bowiem jego jest prekaryjny, nie może również uczynić zastrzeżenia, iż w razie niezapłacenia w terminie, stanie się właścicielem rzeczy, zabrania tego wyraźne brzmienie artykułu 2088. Nie wypływa ztąd jednak, aby wierzyciel nie mógł, przy dozwoleniu mu sprzedaży rzeczy drogą publiczną i przymusową, nabyć jéj z wolnéj ręki od dłużnika *certo pretio*, tak jakby ją nabyć mogła każda inna osoba.

Wolno też umówić się, iż w razie niezapłacenia w terminie, rzecz stanie się własnością wierzyciela za cenę jaka z oszacowania okaże się. Cena nie jest naprzód ustalona, dłużnik będący wówczas panem rzeczy, może ją sprzedać wierzycielowi za stosowną cenę, sprzedaż jednak winna być wolną i nie może szkodzić innym wierzycielom mającym hipotekę.

Art 2088 powiada, że zastawnik może dochodzić wywłaszczenia drogą prawną.

Czy dla uniknienia niepotrzebnych kosztów, rzecz zastawna mogłaby być wystawiona na sprzedaż po ogłoszeniach, ale z pominięciem innych kosztownych formalności wywłaszczenia.

Zdaje się, że zastrzeżenie takie jest użyteczne dla dłużnika i wyrok Sądu Kassacyjnego z dnia 29 Maja 1840 r. na wniosek jeneralnego prokuratora p. *Dupin* wydany, przy-

jął ten system. Jednakże ciemny przesąd podniósł się przeciwko téj doktrynie. Utrzymywano, że formalności wywłaszczenia przymusowego są porządku publicznego i że dłużnik nie może być pozbawiony ich łagodności. Z powodu podniesionego krzyku po trybunałach i izbach, spowodowano w końcu, że prawodawca wydał rozporządzenie w tym przedmiocie znajdujące się w art. 742 Procedury Cywilnéj. Użyteczność skutków wypływających z przepisu art. 2089 przedstawia p. *Berlier*, w następnych słowach: „W wielu przedtem parlamentach, szczególniéj zaś podlegających prawu pisanemu, zastrzeżenia tego rodzaju były unieważnione wyrokami a to z zasady pokrzywdzenia jakie mogłoby ztąd dla dłużnika wyniknąć. Te szczególne zawady nie zdawały się być odpowiedniemi naszemu prawodawstwu i nie tak lekko należy ocenić umowę za niedozwoloną. Przypuścić bowiem wierżyciela surowego do przesady a starać się on będzie o ustąpienie mu gruntu za cenę bardzo mierną i zyska więcéj na tém, jak na zastrzeżeniu w mowie będącem. Zastrzeżenie to przytem, będzie miało często za przedmiot, jedynie ewentualne kłopoty dla wierzyciela i koszta dla samego dłużnika, a zakazując go czyż się nie zrobi uszczerbku temu, którego się chce protegować? Przytem, gdyby ta droga była zamkniętą, ileż pozostałoby innych środków daleko uciążliwszych?“ (Fenet t. 15, str. 211—212).

Powiedziałem wyżéj, że zastrzeżenie potrącenia w art. 2089 znajdujące się, pochodzi z prawa rzymskiego. Nie należy jednak wymagać ścisłéj, matematycznéj równości między przychodami a procentem. Choć przychody przewyższają procenta, nie trzeba obliczać ich ze zbytnią dokładnością, bo wierzyciel zgadzając się na branie przychodów zawiera umowę losową, przytem dla otrzymania ich musi zazwyczaj ponieść wiele trudów i kosztów.

Często nawet przychody na pozór wiele obiecujące, w rezultacie okazują się z uszczerbkiem dla wierzyciela.

Lecz jak uważać w przypadku, kiedy z okoliczności

w których zastaw został ustanowiony płynie niebyt jakiéjkolwiek losowości. Wtedy niema wątpliwości że zastrzeżenie jest lichwiarskie, a rachunek konieczny. Tego zdania są *Doneau*, *Heineeccius* i *Noodt*, w wykładzie prawa rzymskiego (Lib. 2, c. 9), takie zdanie winno przeważać i dzisiaj.

P. *Goupil de Préfeln*, mówca Trybunału, stanowczo wyraził go, jako zgodne z duchem i textem art. 2089. Oświadcza on, że byłoby błędem wyobrażać sobie, że wszelka umowa potrącenia jest upoważnioną, jakakolwiek nieproporcyonalność mogłaby zachodzić między przychodami a procentami. Podług wyrażenia drugiego ustępu art: 2089, umowa ta, jak wszelka inna może mieć skutek, gdy nie jest zakazaną przez prawo. Przez to, prawodawca chciał się odnieść do art. 1907 Kodexu Cywilnego i zachować potęgę praw rugujących lichwę. Nie dozwala aby wierzyciel nakładał warunki bardzo uciążliwe na dłużnika, wymagając przychodów wartości widocznie nieproporcyonalnéj z procentami dlań należnemi. Jest więc rzeczą pewną, że art. 2089 winien być brany w znaczeniu rozumowanem. Nie powinien służyć za przewodnika ukrytéj lichwie, nie pozwala on też pośrednio na to, czego prawo bezpośrednio zabrania.

Co do art. 2090, powiedzieć można, że nie wolno zastawić nieruchomości osoby trzeciéj, bez jéj zgodzenia się na to. Art. 2091, jest jednym z ważniejszych, określa on prawa wierzyciela względem osób trzecich.

Zastawnik jako uprawniony jedynie do przychodów, ma tylko prawo ruchome i w razie wystawienia rzeczy na sprzedaż niema żadnego pierwszeństwa ani przywileju, jakie posiada zastawnik rzeczy ruchoméj

„Zastaw nieruchomości (powiada p. *Duparc-Poullain*) przez akt najautentyczniejszy nie może szkodzić hipotece„. Gdyby więc zastawnik antichretyczny, odpowiednio do art. 2088, starał o wywłaszczenie dłużnika, miałby tylko prawa

wierzyciela rewersowego, musiałby ustąpić przed wierzytelnościami poprzedniemi lub późniejszemi.

Przypuśćmy teraz że zastawnik posiada i zatrzymuje rzecz a wierzyciel hipoteczny chce ją odebrać z jego rąk. Czy zastawnik będzie mógł mu przeciwstawić swe prawo posiadania (jus retentionis) i sparaliżować przez to jego poszukiwania?

Dla rozwiązania téj trudności należy odróżnić dwa wypadki. Uważać trzeba czy wierzyciel hipoteczny jest wcześniejszy, czy późniejszy od ustanowienia zastawu antichretycznego.

Jeżeli wierzyciel wywłaszczający zapisany jest w wykazie przed ustanowieniem zastawu antichretycznego, wszystko sprzyja do udzielenia mu w całości skargi hipotecznéj.

Może on dochodzić nieruchomości hipotekowanéj, w czyichkolwiek taż rękach się znajduje, może wywłaszczyć nabywcę. jakże bowiem miałby być powstrzymanym przez zastawnika, który jest tylko nabywcą przychodów.

Zastaw nie pozbawia dłużnika własności: *dominium pignoris penes debitorem est, et in ejus bonis permanet.* Zresztą zastawnik który o tém wiedzieć był powinien, sam sobie winę przypisać musi.

Co się tycze drugiéj hipotezy, t. j. jeżeli wierzyciel hipoteczny jest późniejszy od zastawu, czy artykuł wyżéj przytoczony, posłuży im jak poprzedniemu, czy dozwoli mu odebrać rzecz z rąk zastawnika? Przeciwnego zdania jest *Proudhon*, *Zachariae* i *Duranton*, *Delvincours* zaś go podziela.

Powody przytaczanę przez piérwszych, dadzą się tak streścić. Zastaw antichretyczny jest sprzedażą użytkowania, wchodzi do majątku zastawnika. Dłużnik obowiązany do szanowania zastawa, nie mógłby innemi czynnościami spowodować jego upadku. Zastaw jest środkiem zabezpieczenia wierzyciela, cóżby więc stało się z tém bezpieczeństwem, gdyby dłużnik miał prawo hipoteku-ąc rzecz, zabrać ją z rąk wierzyciela?

Jakimże sposobem zastawnik miałby być w mniéj korzystnem położeniu jak dzierżawca, który w wypadku przez art. 1743 przewidzianym, nie może być usuniętym przez nabywcę? Nabywca jest zmuszony szanować jego prawa a tymczasem zastawnik mógłby być wyrzuconym przez wierzyciela hipotecznego?

Na cóż więc wymagać stwierdzenia téj umowy pismem, jeżeli ona niema mieć skutków względem osób trzecich. To zdanie jakkolwiek zasadne na pozór, nie jest niem w gruncie rzeczy i kiedy autorowie wymienieni krzyczą na niesprawiedliwość, dają się uwodzić tylko mylnym pozorom.

Pierwsza anomalia uderzająca umysł w tym systemacie, polega na tém, że jeśliby dłużnik miał wierzycieli poprzednich przed zastawèm to i wierzyciele późniejsi od daty zastawu, mieliby niezaprzeczone prawo objęcia rzeczy, wycofania jéj z rąk zastawnika i wywołania klassyfikacyi. Mogłoby się zdarzyć, że wierzyciele późniejsi przychodzący do klassyfikacyi, mieliby pierwszeństwo przed zastawnikiem; tym jednym więc faktem, że są wierzyciele wcześniejsi, wierzyciele późniejsi wyrugowaliby zastawnika.

Oto druga anomalia tego systemu: stronnicy jego zmuszeni są przyznać, że przy wystawieniu nieruchomości na sprzedaż, wierzyciel późniejszy przeważyłby zastawnika. Chcą jednak aby wierzyciel hipoteczny występujący ze skargą nie mógł usunąć zastawnika od posiadania inaczéj, jak za zwróceniem mu jego należności, albo jak powiada naiwnie *Proudhon*, pozwalając pomieścić go na summie szacunkowéj? Na cóż więc zdałaby się zasada, że wierzyciel niema przywileju? Jakaż byłaby różnica między zastawnikiem zwykłym a antichretycznym?

Jeżeli *detentio* prowadzi zastawnika antichretycznego do przywileju względem trzecich, tak jak zwykłego, to jakże p. *Proudhon* może z powagą nauczać poniżéj, że zastawnik antichretyczny niema przywileju? Nie jestże to jego ustanowieniem, a następnie zaprzeczeniem. Nie jestże to nada-

niem zastawowi antichretycznemu tychże skutków co ruchomemu i przekształceniem pierwszego na prawo rzeczowe?

Ponieważ zastawnik nabywa tylko możność płacenia sobie z przychodów zastawionéj nieruchomości, niema zaś na téjże żadnego prawa rzeczowego, płynie ztąd że jego zastaw nie może iść o lepsze z hipoteką opartą na nieruchomości, a przez to specyalnie i rzeczowo ubezpieczoną. Mniejsza czy hipoteka uprzedziła zastaw lub po nim nastąpiła, dłużnik pozostał panem rzeczy mógł ją hipotekować, i tak ustanowione prawo wierzycieli hipotecznych wobec zastawu, może się wykonywać na nieruchomości.

Takie jest znaczenie art. 2091; gdyby on tylko ochraniał prawa wierzycieli hipotecznych wcześniejszych od zastawu, byłby zupełnie zbytecznym. Użyteczność jego rozporządzenia leży w tém, że bez żadnéj różnicy przepisuje iż zastaw antichretyczny niema żadnego charakteru rzeczowego, któryby mógł stanowić przeszkodę hipotekom nabytym w jakiéjbądź epoce.

Wada dowodzenia dopiero co zwalczanego głównie leży w tém, że traci ono z uwagi zasadniczy charakter zastawu.

Ponieważ wierzyciel zastawnik niema żadnego prawa na nieruchomości, a dłużnik pozostaje jéj właścicielem, w razie więc sprzedania tejże przez dłużnika, nabywca kupuje ważnie nieruchomość, mimo zastawu ją obciążającego a o którym nie wiedział. Dłużnik sprzedający rzecz bez włożenia na nabywcę obowiązku szanowania zastawu, dopuszcza się bezwątpienia czynu przeciwnego moralności i może być pociągnięty do odpowiedzialności przez *actio pignoratitia contraria*, za szkody i straty dla zastawnika ztąd wynikłe, lecz dla nabywcy który jest osobą trzecią, umowa zastawu jest: *res inter alios acta*

Możnaby takiemu rozumieniu zarzucić, że dłużnik sprzedawszy przychody raz, nie może ich sprzedawać powtórnie, *nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet;* kwestya ta jednak może być rozstrzygnięta tak, jak w da-

wnem prawie rozstrzygało się położenie dzierżawców względem trzecich nabywców. Dzierżawca mógł być porównany z nabywcą przychodów tak dobrze jak i zastawnik, a jednak ponieważ dzierżawa nie dawała mu prawa rzeczowego, nabywca zaś miał je, decydowano, że ostatni przeważał nad pierwszym i że nie był obowiązauy dotrzymać umowy.

„*Colonus* (mówi *Kujacyusz*) *non habet jus in re quam conduxit, legatarius vero, donatarius, fructuarius, emptor habent jus in re, et merito igitur praeferuntur colono.*“

To zdanie oparte jest na tak niewzruszalnych zasadach, że możnaby jeszcze dziś pójść za niem, gdyby art. 1743 nie wprowadził innych przepisów. Należy uznać że nabywca niema obowiązku do utrzymania zastawu antichretycznego, z jakiéjbykolwiek nieruchomość nabył ręki, bo nabywca zobowiązany jest tylko co do ciężarów rzeczowych na nieruchomości, nie może odpowiadać za zobowiązania osobiste między zastawnikiem a dłużnikiem zawarte. Z drugiej strony znów, nabywca nie traktował z wierzycielem zastawnym, żaden węzeł pomiędzy nimi nie istniejz, jako następca szczególny nie odpowiada za zobowiązania osobiste, należy to bowiem tylko do tych którzy są: *loco haeredum*.

O tém że zastaw antichretyczny nie nadawał prawa rzeczowego można się przekonać z l. 11. § 1. D. de pignor. et hypoth. Jeżeli zastawnik, mówi *Marcianus*, utraci posiadanie rzeczy zastawnéj, jakąż będzie miał skargę dla urzeczywistnienia swego prawa? Czy to będzie skarga rzeczowa, czy hipoteczna? *Marcianus* nie mówi o niéj, daje on tylko wierzycielowi zastawnemu *actio in factum* przeciwko dłużnikowi. Dla tego téż *Vinnius* powiada że nie należy sądzić zastawnika antichretycznego z punktu zapatrywania się na zastawnika zwykłego, który ma skargę rzeczową; pierwszy nie posiada skargi przeciwko trzecim, nie ma *actio hipothecaria*.

Komentatorowie prawa rzymskiego, nie zgadzają się w téj kwestyi.

Kujacyusz z *Azonem* nie uważa zastawnika antichretycznego za pozbawionego skargi hipotecznéj. Zdanie to, mimo że nie jest oparte na żadnym tekscie, stosowane do dawnego prawa francuzkiego, nie znajduje w niém ani téż w Kodexie Cywilnym najmniejszéj podstawy. *Proudhon* i inni autorowie zdania przeciwnego, przyznali już tę prawdę. To samo możnaby powiedziéć o wszystkich umowach dających, posiadanie nieruchomości, nie przywięzując jednak doń prawa rzeczowego. I tak nabywca nieruchomości nie jest związany umową wygodzenia (*commodatum*), dającą trzeciemu posiadanie rzeczy przez niego nabytéj, wygodzenie bowiem nie daje prawa rzeczowego, a tylko stosunki osobiste stron wytwarza.

Jeżeli takie są prawa nabywcy późniejszego od zastawu antichretycznego, to i prawa wierzyciela hipotecznego późniejszego nie mogą być inne. Ma on prawo rzeczowe, podczas gdy zastawnik antichretyczny go niéma i można powiedziéć z *Kujacyuszem: habet jus in re et merito praefertur*. Nic więc nie sprzeciwia się temu, iżby nie mógł odebrać rzeczy znajdującéj się w rękach zastawnika i skutkować jéj sprzedaż drogą publiczną. Co się tycze jus detentionis które stanowi pole walki p. *Proudhon* i jego zwolenników, to bynajmniéj na odmianę zdania wpłynąć nie może. Autorowie ci nie zwracają uwagi, iż przeciwstawiają excepcję *detencyi* wierzycielowi, przeciwko któremu ona nie była ustanowioną, nie zważają że odwracają ją od celu, usiłując posunąć po za zwykłe granice. Walczy ona jedynie przeciwko dłużnikowi a nie zwraca się przeciwko trzecim dobréj wiary.

Mogło być inaczéj, pod panowaniem jakich praw zwyczajowych. *D'Argentré* naprzykład powiada, iż w Bretanii zastawnik antichretyczny miał *detentio jure hypothecae*. To pokazuje jak niebezpiecznemby było wprowadzać podobne doktryny do jurysprudencyi; dziś żadne prawo rzeczowe nie miesza się z prawami zastawnika antichretycznego a *detentio* jest tylko excepcyą dobrą do przeciwstawienia dłużnikowi

złéj wiary, niema jednak mocy przeciwko trzecim. Zresztą dla przeciwników téj prawdy, posłużyć może za przekonywający dowód (l. 1, C. Etiam ob chirograph.). Cesarz Gordyan uświęca tam detencyę przyjętą w art. 2082 nr. 2. Kodexu Cywilnego. Kwestya zachodziła czy wierzyciel może ją przeciwstawić wierzycielom hipotecznym od czasu jak jest w posiadaniu. Cesarz odpowiada, że to względem nich miejsce mieć nie może, bo ta detencya nie jest, oparta na żadnem prawie rzeczowem należnem posiadaczowi, jest ona tylko *exceptio male fidei* przeciwko dłużnikowi. Czy zaś w zastawie w mowie będącym detencya opiera się na jakiem prawie rzeczowem? bynajmniej, cytowana więc lex rzymska przedstawia stanowczą analogię.

Text artykułu kodexu chce zdaje się jasno to wskazywać; zachowawszy w pierwszym ustępie prawa trzecich, chce według porządku przywilejów i hipotek w ustępie drugim ustanowić właściwą koléj, tak że zastaw antichretyczny nie może służyć za pretext do jakiegobądź pierwszeństwa. Czyż nie wypływa ztąd, że zastawnik nie może się oprzeć sprzedaży nieruchomości, że musi uledz prawom porządku i że jedynie tylko w hipotece, nie zaś w zastawie antichretycznym może czerpać środki do zrównoważenia praw osób trzecich.

Zastaw pomieniony nie jest podobny do zastawu ruchomego, który przenosi rzecz z miejsca jednego na drugie to jest z ręki dłużnika w ręce wierzyciela. Nieruchomość zastawiona jest w rękach wierzyciela, lecz nie ulega przeniesieniu fizycznemu, pozostaje pod nazwą jej właściciela i osoby trzecie zawsze upoważnione są domniemania, że pozostaje bez obciążenia lub zmniejszenia w jego ojcowiznie. Któż o tém wiedział że posiadacz był zastawnikiem antichretycznym? Czyż nie mógł się przedstawić ich oczom jako dzierżawca, pełnomocnik, administrator a nie jako rywal w prawie rzeczowem. Cóż byłoby z kredytem gdyby wierzyciele zastrzegłszy hipotekę w dobrej wierze byli usunięci przez za-

stawnika, kontentującego się gwarancyą nie mającą bezpośredniéj styczności z rzeczą.

Lecz powiadają: antichresis jest bezpieczeństwem, jest zastawem a wszystko to przestało by być prawdą, gdyby dłużnik mógł czynem swym odjąć zastawowi jego gwarancje. Bezwątpienia jest bezpieczeństwem, lecz bezpieczeństwem słabszém od hipoteki, a chcą go uczynić silniejszém od téjże; bezwątpienia jest zastawem lecz bez charakteru rzeczowego, co niedozwala mu iżby mógł więcej znaczyć od hipoteki, a tymczasem chcą aby większe miał od niéj znaczenie.

Widzieliśmy położenie zastawnika względem nabywcy, względem wierzyciela hipotecznego poprzedniego i późniejszego, cóż powiedziéc o wierzycielu który niema żadnego prawa rzeczowego, lecz któryby się przedstawił z tytułem egzekucyjnym do spowodowania wywłaszczenia?

Idąc za zdaniem p. *Proudhon'a*, należałoby tego wierzyciela choć z wcześniejszym tytułem usunąć z jego pretensyami: *in pari causa melior est causa possidentis*.

Rozumieć to położenie należy tak: wierzyciele rewersowi nie mają praw do przychodów z rzeczy, dłużnik je sprzedał, zmuszeni są uledz temu ustąpieniu i jeżeli chcą je unieważnić winni wynagrodzić wierzyciela.

Przejdźmy do innych spostrzeżeń; powiedzieliśmy że wierzyciele hipoteczni, czy wcześniejsi czy późniejsi, mają prawo usunąć zastawnika z posiadania rzeczy. Lecz od jakiego czasu ustanie pobieranie płodów na korzyść zastawnika?

Dopóki hipoteka jest w spoczynku, wszystkie przychody doń należą, lecz skarga hipoteczna unieruchomia przychody: stanowią one część gruntu i należą do hipoteki. Co do zajęcia przychodów w rękach zastawnika przez wierzycieli rewersowych, to ono jest nieważne. Dłużnik ustąpił własność tych płodów i wierzyciele pozbawieni względem nich wszelkiego prawa rzeczowego, nie mogą zmienić tego stanu rzeczy, będącego dziełem dobréj wiary i wolnéj woli.

Niema żadnego porównania między wypadkiem tym a położeniem, w którem zastawnik postawiony jest naprzeciwko nabywcy i wierzyciela hipotecznego.

Nabywca jest właścicielem rzeczy i przez prawo przyrostu (jure accesionis), płody mające być zebrane należą doń, z zasady *jus in re*. Trudno przekładać nadeń zastawnika który niema nic rzeczowego w swem prawie. *Jus in re*, proteguje też wierzyciela hipotecznego i daje mu od pewnéj chwili przychody z rzeczy.

Tu zaś nic podobnego: właściciel nie sprzedał rzeczy ustanawiając na niéj *jus in re*, dla osoby trzeciéj. Dlatego też ustępując przychody z rzeczy, jest w swem prawie; jestto fakt, który wierzyciele rewersowi winni szanować jako wolne wykonywanie swego prawa własności; stronnicy zajęcia nieruchomego mówili, że dłużnik w skutek zastawu nie sprzedał rzeczy, a więc i przychody zajęte być mogą. Lecz dłużnik sprzedał płody, dał je na zapłacenie procentów, jestto *datio in solutum*, a więc one zajętemi być nie mogą.

Zwolennicy przeciwnego zdania utrzymują, że gdy procent jeszcze się nie należy, niema więc i skargi dla żądania go. Lecz odpowiedzieć można: czyż dzierżawca który jest nabywcą przychodów, nie może płacić anticipando; nie można więc zaprzeczyć tego prawa dłużnikowi względem zastawnika antichretycznego.

Józef Zawistowski.

KRONIKA SĄDOWA KRAJOWA.

1. *Spór o własność listu zastawnego.* Fidelis P. wyczytawszy w Dzienniku Warszawskim, z dnia 10 (22) Sierpnia 1867 roku ogłoszenie Dyrekcyi Głównéj Towarzystwa Ziemskiego, że posiadany przez niego list zastawny lit. B, na rsr 750, który nabył daleko wcześniéj w kantorze wexlu Baumana w Warszawie, jest zakwestyonowanym jako skradziony w Bydgoszczy, właścicielce takowego Kazimierze G., wystąpił przed Trybunał Warszawski o uznanie jego nabycia za dobre, przypozwawszy do sprawy w drodze ewikcyi wexlarza B. od którego list zastawny kupił. Wexlarz B. przypozwał ze swojéj strony wexlarza W..., również w drodze ewikcyi, twierdząc że list zastawny w kwestyi będący od tego ostatniego nabył: — Kazimiera G. wniosła żądanie o wydanie jéj listu zastawnego przez P., ewentualnie o skazanie P. lub wexlarza B. na zapłatę wartości listu zastawnego.

Trybunał uznał P. za właściciela listu zastawnego, lecz wexlarza B. zobowiązał do zwrotu podobnegoż listu z właściwemi kuponami Kazimierze G.

Co do żądania tegoż B. postawionego w regressie przeciwko wexlarzowi W., żądanie to, dla uchybienia formalności proceduralnéj, a mianowicie z powodu niewpisania do komparycyi W., Trybunał do oddzielnéj drogi odesłał.

Od wyroku Trybunału, B.... odwołał się do Sądu Ap-

pellacyjnego, odwołał się też incydentalnie W.... żądając bezwarunkowego wypuszczenia siebie ze związku sprawy.

Sąd Appellacyjny, odwołanie się wexlarza B. oddalił; na skutek zaś appellacyi wexlarza W., tegoż ze związku sprawy wypuścił.

Senat, w rozpoznaniu skargi wexlarza B. wyrokiem na dniu 16 (28) Stycznia roku bieżącego wydanym, zmieniając wyroki obu instancyi niższych, żądanie Kazimiery G. przeciwko wexlarzowi B. wyniesione oddalił, tém samém dalsze wzajemne żądania między B. i W. za załatwione poczytał.

W miejscu motywów tego wyroku, podajemy nateraz ustęp z wniosków Naczelnego Prokuratora w téj sprawie przedstawionych, zgodnie z któremi wyrok zapadł.

„Sprawa obecna, lubo mniéj ważnych interessów pie-„niężnych dosięga, niezmiernie przecież ważną jest pod „względem obiegu listów zastawnych lub innych papierów „na okaziciela.

„Przepisy o Towarzystwie Kredytowem, lubo mieszczą „niektóre rozporządzenia względem obwieszczeń o listach za-„stawnych skradzionych lub zgubionych, oraz względem „wydawania duplikatów, do rozstrzygnięcia przecież sporów „między prywatnemi o własność papierów tego rodzaju nie „wystarczają; w téj mierze Sądy trzymać się powinny prze-„pisów już to prawa cywilnego, już też karnego.

„Kodex Kar Głównych i Poprawczych, w art. 1172 „stawia prawidło, że wszelka skradziona własność zwrócona „być powinna osobie przez kradzież poszkodowanéj. Pra-„widło to wszakże, nie znosi zawartego w art. 2280 Kodexu „Cywilnego przepisu, na korzyść nabywców dobréj wiary po-„stanowionego, który wkłada na poszkodowanego obowiązek „zwrócenia im ceny wyłożonéj na kupno skradzionego przed-„miotu. Zastosowały też Sądy, rzeczony przepis do Pilec-

„kiego ostatniego posiadacza listu i wyrzeczenie ich w téj „mierze nie jest nawet skarżone. Mamy więc uznanie Sądów „że Pilecki dobrą wiarą nabył list zastawny od Baumana „i że chociaż Gozimierska mogłaby od Pileckiego rzeczony „list po cenie kosztu odkupić, z powodu przecież braku de„klaracyi jéj w téj mierze, list przy nim pozostać powi„nien.

„Wynikiem podobnego uznania musi być to następstwo, „że gdyby była Gazimierska deklarowała się względem zwro„tu ceny listu, byłaby go mogła wprost od Pileckiego jako „posiadacza odebrać. Po takiem ustaleniu jéj stanowiska, „zwrot innego podobnego listu od Baumana nie da się ża„dnym przepisom prawa usprawiedliwić. Pilecki, ocalony „od straty, wcale niema regressu do Baumana, więc i Go„zimierska z tytułu podstawienia się w prawa Pileckiego, „żadnego regressu wykonać nie może.

„Prawa własności rzeczy skradzionéj, podług artt. 2279 „i 2280 Kodexu Cywilnego, wykonywane być mogą tylko „przeciwko rzeczywistemu posiadaczowi takowéj, nie rozcią„gają się przecież, do ścigania wszystkich poprzednich po„siadaczy. Przeciwko tym ostatnim, poszkodowany właściciel „niema żadnego tytułu, jeżeli im ani udział w przestępstwie, „ani działanie w złéj wierze, lub przynajmniéj wysoko nie„oględne, dowiedzionem nie zostanie.

„Bauman, chwilowym tylko przez jeden dzień był po„siadaczem listu zakwestyonowanego, lecz nie ulega sporowi „(bo już w Sądzie Appellacyjnym przyznał to Wawelberg), „że nabycie to nastąpiło z jego kantoru. Nabycie jak się „okazuje miało miejsce pierwéj niż kupił list Pilecki, a więc „również w czasie, kiedy żadne jeszcze obwieszczenie o kra„dzieży nie istniało.

„Z artykułu właśnie 2279 Kodexu Cywilnego prze„ciwko niemu wymierzonego, miał Bauman zasadę, Wawel„berga poczytywać za istotnego właściciela. Zła wiara w dzia-

„łaniu, nie jest wcale Baumanowi zarzucaną, owszem w myśl „art. 2268 Kodexu Cywilnego, dobra wiarą domniemywaną „być powinna. Żadnej też winy, ani nawet nieostrożności „przypisywać mu nie można. Niema więc żadnego tytułu „przeciwko Baumanowi ani w art 1382 Kodexu Cywilnego „ani tém bardziéj w przytoczonym przez Sądy artykule 2279 „Kodexu Cywilnego i pretensya do niego całkiem jest bez-„zasadna. Przypozwanie Wawelberga do Sądu Appellacyj-„nego jako zmierzające do obrony, nie było spóźnione w du-„chu art. 464 Kodexu Postępowania Sądowego. Gdy prze-„cież przeciwko temuż Wawelbergowi, Gozimierska żadnego „nie stawiała i nie stawia żądania, więc też ocenienie jego „odpowiedzialności rozbieranem być nie może.“

W. P.

WIADOMOŚCI BIEŻĄCE.

Nekrologia.

W Styczniu r. b. zakończył życie b. Członek Warszawskich Departamentów Senatu, Rzeczywisty Radca Stanu, ś. p. *Michał Jaroszewski.* Zmarły po ukończeniu b. Uniwersytetu Alexandrowskiego w Warszawie, w którym uzyskał stopień Magistra Prawa, wszedł w r. 1824 do służby sądowéj Królestwa, w któréj pozostawał lat 45, pełniąc z kolei ważne obowiązki, szczególniéj też Sędziego Appellacyjnego, Prezesa tutejszego Trybunału Cywilnego, wreszcie od r. 1862 do Września 1869 r. Członka Senatu. Nieposzlakowanéj prawości i rzadkiéj bystrości umysłu, którą do końca życia zachował, ś. p. *Jaroszewski* położył istotne zasługi w ciągu długoletniego urzędowania. Nagły zgon tego zacnego Męża, napełnił istotnym żalem serca wszystkich jego współtowarzyszów w zawodzie sądowym.

W. P.

WAŻNIEJSZE DZIEŁA PRAWNE

wydane w roku 1869.

B) Prawo Cywilne.

a) Kodex Cywilny.

Wł. Holewiński. O zobowiązaniach podług Kodexu Napoleona. Warszawa. Zeszyt I.

Судебные Уставы. 1864 года, съ разъясненіемъ ихъ по рѣшеніямъ Кассаціонныхъ Департаментовъ Правит. Сената, 4ое изданіе, И. П. Анисимова.

Утинъ. Сводъ рѣшеній Кассаціонныхъ Департаментовъ Правит. Сената и разъясненныя ими законоположенія.

Е. О. Древернъ. О ростѣ и лихвѣ по иностраннымъ законодательствамъ.

Капустинъ. Полное собраніе существующихъ узаконеній съ измн. и дополн.

Мейеръ. Русское гражданское право, 4ое изданіе.

Van Vetter. Droit d'accroissement entre colégataires, 1 vol. Paris.

Machelard. Examen critique des distinctions admises soit en droit romain, soit en droit français en ce qui concerne les servitudes prediales, 1 vol. Paris.

Démolombe. Traité des contrats ou obligations conventionnelles, 2 vol. Paris.

Picot. Code Napoléon, expliqué article par article d'après la doctrine, et la jurisprudence, 2 vol. Paris.

Folleville. Essai sur la possession des meubles et sur la révendication des titres au porteur, perdus ou volés, 1 vol.

Montluc. Des assurances sur la vie dans leur rapport avec les principes du droit civil et du droit commercial. Ouvrage couronné par la faculté de droit à Paris, 1 vol.

Bernard T. N. Les inventions sont elles une propriété?

Pouget. De l'effet de l'assurance sur la vie dans les successions, 1 vol.

Huc Théophile. Des alienés et de leur capacité civile, Paris.

Le Roux de Bretagne. Nouveau traité de la prescription en matière civile, Paris.

Förster. Théorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts, auf der Grundlage des geweinen deutschen Rechts. 2 Bänd. 2tu Aufl.

b) Prawo hipoteczne.

Hube Karol. O Instytucyi hipotecznéj w Królestwie Polskiem. Część Isza. Warszawa

Amiand. De la rénonciation à son hypothèque legale par la femme du vendeur au profit de l'acquereur. Paris, 3 fr.

Bremer. Hipothek und Grundschuld. Eine dogmatische Untersuchung mit kritischer Berücksichtigung des preuss. Gesetzentwurfes. Göttingen.

c) *Prawo handlowe.*

Powszechny Kodex Handlowy, wraz z ustawą wprowadzającą go w życie. Lwów.

Delacourtie. Eléments de législation industrielle et commerciale, 1 vol. Paris.

Chanu. Interprétation des articles 173, 174, 175, 176, du code de commerce. 1 vol.

Beslay et Leubas. Commentaire théorique, pratique et critique du code de commerce. Des sociétés en commandite par actions. Paris.

Vavasseur. Traité pratique des sociétés civiles et commerciales, Nouv. édit., 1 vol.

Vavasseur. Traité théorique et pratique des societés par action, 1 vol.

Wächter. Das Wechselrecht des norddeutschen Bundes und der allgemeinen deutschen Wechselordnung in den dentschen und deutsch-österreichischen Ländern für die Praxis dargestellt, Leipzig.

Zinnów. Die Gesetzgebung des deutschen Zollvereins vom Jahre 1869, nach amtlichen Quellen dargestellt.

d) *Postępowanie sądowe cywilne i organizacya.*

Руководство къ совершенію актовъ, договоровъ и обязательствъ на основаній положеній о нотаріяльной части, 2ое изд. Анисимова.

Законы о судопроизводствѣ и взысканіяхъ гражданскихъ (Сводъ Законовъ. Т. X, ч. II).

Гражданская практика, Кассаціоннаго Сената по вопросамъ судопроизводства.

Капустинъ. Защитникъ, руководитель и посредникъ въ дѣлахъ по судопроизводству гражданскому и уголовному.

Gandon Camille. Projet de réforme judiciaire, Paris, 1 vol.

Gassion Heunier. Révision du code de procédure civile, 1 vol.

R. L.
